Die Konkurrenz bei der Schuldigsprechung in ihrem logischen Aufbau

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Gloede
aus Aschersleben

Marburg 1937

Druck von F. W. Kalbfleisch in Gelnhausen

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultä
angenommen am 16. Juli 1929.

Berichterstatter: Professor Dr. Mezger.

Inhaltsübersicht.

Literatur-Verzeichnis.

Allfeld: siehe: H. Meyer-Allfeld.

von Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden Strafrechts und seiner Reform, Band III: Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz. Berlin 1909.

Baumgarten: Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz in: Strafrechtliche Abhandlungen Heft 103, Breslau 1909.

— „ —: Der Aufbau der Verbrechenslehre. Tübingen 1913.

Becher: Juristische Monatsschrift I, 1891, 169.

Bekker: Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts. Leipzig 1859.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

— „ —: Grundzüge des Strafrechts. 6. und 7. Auflage: Tübingen 1920. 10. Auflage: Tübingen 1928. 11. Aufl. 1930.

Benecke-Beling: Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozeßrechts. Breslau 1900.

Berner A. F.: Grundsätze des Preußischen Strafrechts. Leipzig 1861.

— „ —: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 9. Auflage: Leipzig 1877.

Berner, Max: Der Grundsatz ne bis in idem im Strafprozeß. Leipzig 1891.

Bierling: Juristische Prinzipienlehre. Tübingen 1905.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung, 2. Aufl. Bd. 1: Normen und Strafgesetze. Leipzig 1890. Bd. 2: Schuld; Vorsatz; Irrtum! 1. Hälfte: Zurechnung und Schuld: Leipzig 1914; 2. Hälfte: Der rechtswidrige Vorsatz: Leipzig 1916. Bd. 3: Der Irrtum: Leipzig 1918. Bd. 4: Die Fahrlässigkeit. 1. Abt.: Die geschichtliche Entwicklung des Fahrlässigkeitsbegriffs: Leipzig 1919; 2. Abt.: Die Fahrlässigkeit: Leipzig 1920.

Binding: Handbuch des Strafrechts. Leipzig 1885.

— „ —: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. 2. Aufl. Band I: Leipzig 1902; Band II,1: Leipzig 1904; Band II,2: Leipzig 1905.

— „ —: Grundriß des Deutschen Strafrechts. 8. Auflage. Leipzig 1913.

Frhr. v. Bülow: Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und vom Rechtsgute in: Gerichtssaal (G.S.) 59, 177 ff. Stuttgart 1901.

Bünger: Ueber Handeln und Handlungseinheit als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft = ZStW. 8, 661 ff. Wien 1888.

— „ —: Ueber Vorstellung und Wille, als Elemente der subjektiven Verschuldung in: ZStW. 6,291 ff. Wien 1886.

von Buri: Ueber Kausalität und deren Verantwortung. Leipzig 1873.
— „ —: Einheit und Mehrheit der Verbrechen, in: G. S. 31 Beilage. Stuttgart 1879.
— „ —: Begünstigung und Hehlerei in: G. S. 29, 14 ff. Stuttgart 1877.
van Calker: Strafrecht. Grdr. zu Vorles. u. Leitf. 3. Aufl. 1927. München.
Coenders: Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme. Düsseldorf 1909.
— „ —: Ueber die Idealkonkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz. Greifswald 1921.
Dabelow: Lehrbuch des deutschen gemeinen peinlichen Rechts. Halle 1807.
Doerr: Das fortgesetzte Delikt. Seine Geltung und seine Wirkungen im deutschen Recht, in: G. S. 71 Beilage. Stuttgart 1908.
— „ —: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Stuttgart 1930.
Graf zu Dohna: Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze und mehrerer strafbarer Handlungen, in: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches. Band I Berlin 1910, 401 ff.
Eichhorn: Non bis in idem und das Reichsgericht, in: G. S. 38, 401 ff.
Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht, Band I: Das rechtswirksame Verhalten. Berlin 1903.
Farnbacher: Der Begriff des sogen. fortgesetzten Verbrechens und seine juristischen Konsequenzen; insbesondere Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem. Bayreuth 1896.
v. Feuerbach, A.: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. (Herausgegeben von Mittermaier) 14. Auflage. Gießen 1847.
— „ —: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. 1. Teil Erfurt 1799, 2. Teil Chemnitz 1800.
Finger: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Berlin 1904.
— „ —: Das Strafrecht. 2. Aufl., in: Compendien des österreichischen Rechts. Berlin 1902, 1910.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. Tübingen 1925: 16. Aufl. Tübingen 1926: 17. Aufl. Tübingen 1931: 18. Auflage.
Freudenthal: Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Breslau 1901.
Freymann: Das Zusammentreffen von Verletzungs- und Gefährdungsdelikt im Strafrecht. Berlin 1912.
Fuchs: Anklage und Antragsdelikte. Breslau 1873.
Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht in: Grundr. der Rechtswissenschaft Band 16. Berlin 1922, 2. Aufl. 1932.
— „ —: Die Verleitung zur Auswanderung (§ 144 RStGB.) in: Vergl. Darst. Bes. T. 2, 472 ff. Berlin 1906.
Geyer: Grundriß zu Vorlesungen über gemeines Deutsches Strafrecht. München 1884/5.
— „ —: Bemerkungen zu Entscheidungen des Reichsgerichts, in: ZStW. 2, 299 ff.

Groß: Zur strafrechtlichen Behandlung von Rückfall, gewerbsmäßigem und gewohnheitsmäßigem Verbrechertum, in: DJZ. 1906, 912 ff.
Habermaas: Die Idealkonkurrenz der Delikte. Stuttgart 1882.
Hälschner: System des preußischen Strafrechts. Bonn 1858.
— „ —: Das gemeine Deutsche Strafrecht. Band I: Bonn 1881, Band II: Bonn 1884.
Hafter: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Berlin 1926.
Harburger: Diebstahl und Unterschlagung, in: Vergl. Darst. Bes. Teil 6, 183 ff.
Hegler: Die Merkmale des Verbrechens, in: ZStW. 36, 19. Berlin 1915.
— „ —: Betrug (§§ 263—265 RStrGB.), in: Vergl. Darst. Bes. T. 7, 404 ff. Berlin 1907.
Heinemann: Die Lehre von der Idealkonkurrenz. Berlin 1893.
Henke: Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. Berlin 1823—1838.
Hiller: Ueber den gegenwärtigen Stand der Lehre von der Concurrenz der Delicte (mit besonderer Rücksicht auf von Buri's neueste Schrift: Einheit und Mehrheit der Verbrechen), in: G. S. 32, 195 ff. Stuttgart 1880.
Hiller: Die Frage der sogen. Idealkonkurrenz, in: Grünh. Z. 13, 126 ff. Wien 1886.
von Hippel: Deutsches Strafrecht. 1. Band Allgemeine Grundlagen. Berlin 1925.
Höpfner: Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Eine strafrechtliche Untersuchung. Band I 1901 Berlin, Band II 1908 Berlin.
Honig: Die Einwilligung des Verletzten. Teil I: Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage. Leipzig 1919.
— „ —: Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform. Leipzig 1925.
— „ —: Straflose Vor- und Nachtat, in: Abh. der Rechts- und Staatsw. Fak. der Universität Göttingen, Heft 2. Leipzig 1927.
Janka: Das österreichische Strafrecht, 3. Aufl. Herausgegeben von Fr. Rulf, Handbuch des österr. Rechts, Bd. 3. Wien 1894.
Janzen: Der Mundraub an der Hand des § 370: 5 a. F. RStGB. und dessen histor. Grundlage dogmatisch entwickelt. Elbing 1917.
John: Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenskonkurrenz. Berlin 1860.
— „ —: Beiträge zur Lehre von der Verbrechenskonkurrenz, in: Goltd. A. III, 512.
— „ —: Die Verbrechen gegen den Staat, in: v. Holtzend. Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen. Band III, 1874.
Kahl: Verhandlungen des 28. Juristentages 3, 369 ff.
Köhler: Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz; eine strafrechtliche Untersuchung. München 1900.
— „ —: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Leipzig 1917.
Kohler: Leitfaden des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1912.
— „ —: Begriff der fortgesetzten Missetat, in: Goltd. A. 53, 153 ff. Berlin 1906.

Kohlrausch: Zur prozessualen Behandlung der Idealkonkurrenz. — Greifswald 1899.
— „ —: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Nebengesetzen von v. Liszt und Delaquis. 26. Aufl. bearbeitet von Kohlrausch. Berlin 1922, 28. Aufl. Berlin 1928, 30. Aufl. 1932.
Kollmann: Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem, in: Strafrechtl. Abh. Heft 91. Breslau 1908.
Kraushaar: Beiträge zur Lehre von dem fortgesetzten Verbrechen, in: G. S. 12, 258 ff. Erlangen 1860.
Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und im Zivilprozeß. Band I Leipzig 1912.
von Lilienthal: Beiträge zur Lehre von den Collectivdelicten mit besonderer Berücksichtigung des gewohnheitsmäßigen Verbrechens. Leipzig 1879.
von Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 3. Aufl.: Berlin 1888, 25. Aufl.: Berlin 1927, herausgegeben von E. Schmidt, Bd. 1, Einleitung u. Allgem. Teil, 26. Aufl. Berlin 1932.
— „ —: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Nebengesetzen. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. 26. Aufl. bearbeitet von Kohlrausch. Berlin 1922.
— „ —: Tötung und Lebensgefährdung, in: Vergl. Darst. Bes. T. 5, 130.
— „ —: Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik, in: ZStW. 1896, 477.
— „ —: Der italienische Strafgesetzentwurf von 1887, in: Abh. des kriminalistischen Seminars zu Marburg. Freiburg 1889.
Lobe: Das Reichsstrafgesetzbuch, erläutert von L. Ebermayer, Adolf Lobe, Werner Rosenberg. 4. Aufl. Berlin 1929, 5. Aufl. 1933.
Mayer, Max Ernst: Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, in: Bibliothek der Kriminalistik Bd. 2, 2. Aufl. Heidelberg 1923.
— „ —: Deutsches Militärstrafrecht. Leipzig 1907.
— „ —: Die strafrechtliche Behandlung von Rückfall, gewohnheitsmäßigem und gewerbsmäßigem Verbrechertum, in: Gutachten für den 28. Juristentag. Verh. 1, 156 ff.
— „ —: Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht. — Leipzig 1901.
Mayer, Ph. O.: Der Begriff der Handlung im Sinne der §§ 73 und 74 des Reichsstrafgesetzbuchs, in: G. S. 74, 362; Stuttgart 1909.
— „ —: Die Einheit und Mehrheit des Verbrechens, in: Archiv für Militärrecht, Band 2, S. 432 ff. u. Band 3, S. 3 ff. (Fortsetzung). Mannheim 1911/1912.
Merkel, Ad.: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Aufl., Stuttgart 1889.
— „ —: Die Strafanwendung durch den Richter, in: v. Holtzend. Hdb. Bd. 2, 545 ff., v. Holtzend. Hdb. Bd. 4, 206 ff.
— „ —: Die Eigentumsverletzungen, in: v. Holtzend. Hdb. Bd. 3, 621 ff. Berlin 1874.
— „ —: Die Auslegung des Strafgesetzes, in: v. Holtzend. Hdb. Bd. 4, 73 ff. Berlin 1877.
— „ —: Begünstigung und Hehlerei, in: v. Holtzend. Hdb. 4, 419 ff.
— „ —: Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen; Darmstadt 1862.

Merkel-Liepmann: Die Lehre von Verbrechen und Strafe. — Stuttgart 1912.
Merkel, Paul: Konkurrenz, in: Vergl. Darst. Allg. T. 5, 269 ff. Berlin 1908.
Meyer, H.: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 3. Auflage. Erlangen 1882.
Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, begründet von Hugo Meyer. Neu bearbeitet von Ph. Allfeld. 6. Aufl. 1907. 8. Aufl. Leipzig 1922.
Mezger: Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. Berlin 1926.
Mittermayer: Ueber den Begriff „Verbrechen", in: ZStW. 44, 11.
Neubecker: Zwang und Notstand. Band I: Grundlagen. Der Zwang im öffentlichen Recht. Leipzig 1910.
Neuburger: Das fortgesetzte Verbrechen nach der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts. Erlangen 1896.
Neuhaus: Eine und dieselbe Handlung oder mehrere selbständige Handlungen? §§ 73, 74 RStGB. Leitende Gesichtspunkte für die Entscheidung der Frage. Bonn 1908.
Oetker: Rechtsgüterschutz und Strafen, in: ZStW. 17, 493 ff.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1927. 11. Auflage.
Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 13. Auflage Berlin 1896.
Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Auflage herausgegeben von Delius. Berlin 1901.
Ortloff: Die Lehre von der Konsumtion der Strafdrohungen, sowie von der sog. Ideal- und Realkonkurrenz und ihre Wirkung auf die Schuldfrage und Verbrecherauslieferung, in: Goltd. Arch. 32, 395 ff. Berlin 1884.
— „ —: Die sog. gleichartige Idealkonkurrenz und das Einheitsdelikt im § 73 StGB.'s, in: Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, neue Folge, Bd. 22, Jena 1895.
— „ —: Strafrechtliche Studien II. Kein sog. fortgesetztes Verbrechen mehr! in: Goltd. A. 24, 422 ff. Berlin 1876.
Ortmann: Zur Lehre von der Idealkonkurrenz, in: Goltd. A. 35, 26 ff.
— „ —: Das fortgesetzte Verbrechen nach dem Reichs-Strafgesetzbuch, in: G. S. 26, 67 ff. Stuttgart 1874.
Pfefferle: Ueber Ideal- und Realkonkurrenz. Freiburg 1902.
Radbruch: Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Berlin 1904.
Rathenau: Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen. Berlin 1896.
— „ —: Die Stellung des Begriffes „fortgesetztes Verbrechen" im System des deutschen Strafrechts und seine Geltung nach deutschem Strafrecht, in: G. S. 56, 81 ff. Stuttgart 1899.
Ratzlaff: Unselbständige Handlungen, in: DJZ. 1904, 1163 ff. Berlin 1904.
von Rohland: Kausalzusammenhang, Handeln, Unterlassen, in: Vergl. Darst. Allg. T. 1, 349.

von Rotteck: Ueber Concurrenz der Verbrechen nach positivem und vernünftigem Recht. Freiburg 1840.
Rüdorff-Stenglein Rüdorff: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 4. Aufl. bearbeitet von Stenglein. Berlin 1892.
Salchow: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 2. Aufl. Halle 1817.
Sander: Betrachtungen über die Conkurrenz der Verbrechen im Archiv des Criminalrechts, neue Folge 1836.
Sauer: Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie. Berlin 1921.
Schmidt E.: Das fortgesetzte Delikt, in: Bl. f. R. A. 63, 150 ff. — Erlangen 1898.
Schmidt, R.: Grundriß des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1925.
Schröter: Handbuch des peinlichen Rechts usw. Leipzig 1818.
Schütze: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Leipzig 1874.
— „ —: Die Konkurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage, in: ZStW. 3, 48 ff.
von Schwarze: Commentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich; 5. Aufl. Leipzig 1884.
— „ —: Die Concurrenztheorien und das Strafgesetzbuch, in: G. S. 34, 576.
Schwarze: Beiträge zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen, in: Goltd. A. 8, 433 ff. Berlin 1860.
Staudinger-Schmitt: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Erläuterungen. Begründet von Staudinger, neubearbeitet von Hermann Schmitt. München 1927, 14. Aufl.
Stelling: Ueber ideale Concurrenz der Delicte, in: G. S. 42, 121 ff.
von Stemann: Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen, in: G. S. 34, 23 ff.
Stürenburg: Die Bestrafung konkurrierender Verbrechen. Leipzig 1908.
Ullmann: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. München 1893.
— „ —: Zur Lehre von der Strafe, in: G. S. 34, 29 ff.
Villnow: Raub und Erpressung, Begünstigung und Hehlerei. — Breslau 1875.
Wachenfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. München 1914.
— „ —: Theorie der Verbrechenskonkurrenz. Berlin 1893.
von Wächter: Deutsches Strafrecht. Vorlesungen, herausgegeben von O. v. Wächter. Leipzig 1881.
Waldthausen: Ueber Begünstigung, in: Goltd. A. 29, 375 ff. — Berlin 1881.
Wilhelmi: Wirkliche und scheinbare Konkurrenz von Verletzungs- und Gefährdungsverbrechen gegen Leben und Leib, in: Strafr. Abh. Heft 145. Breslau 1912.
von Woringen: Ueber den Begriff des fortgesetzten Verbrechens. — Freiburg 1857.
Ziegler: Die Theorie der Strafschärfung. Helmstedt 1806.
Ziebarth: Das Forstrecht. Berlin 1887—1889.

Einleitung.

a) Die beiden Gruppen von Konkurrenzfällen.

Der Strafrichter erfüllt die ihm obliegende Aufgabe, das Verhalten eines Menschen (des Täters) strafrechtlich zu werten, dadurch, daß er den realen Vorgang, der seiner Beurteilung unterbreitet ist, zu den abstrakten Tatbeständen des Gesetzes in Beziehung setzt und feststellt, welcher von ihnen durch den konkreten Tatbestand verwirklicht wird.

Die oftmals große Schwierigkeit der Lösung dieser Subsumtionsaufgabe wird noch gesteigert, wenn das Verhalten des Täters, also der konkrete Tatbestand, nicht nur die Merkmale eines einzelnen, sondern mehrerer abstrakter Tatbestände verwirklicht.

In diesen Fällen besteht unter den Gesetzesbestimmungen eine Konkurrenz; dementsprechend bezeichnet man diejenigen Fälle, in denen durch das Verhalten des Täters mehrere abstrakte Tatbestände *verwirklicht* worden sind, zweckmäßig als *Konkurrenzfälle*.[1])

Aufgabe des Richters ist es nun, unter den mehreren verwirklichten Tatbeständen denjenigen zu finden, der angewendet werden *muß*. Entsprechend den beiden Formen seiner Tätigkeit bei der Urteilsbildung ist er sowohl bei der Frage der *Schuldigsprechung* als auch bei der Frage der *Strafzumessung* genötigt, seine Entscheidung darüber zu treffen, welcher der mehreren verwirklichten Tatbestände zur Anwendung zu kommen hat. Es erhebt sich für ihn zunächst die Frage: Auf Grund welches der konkurrierenden Gesetze muß der Täter *schuldig gesprochen* werden? Auf Grund nur eines, auf Grund mehrerer, auf Grund sämtlicher? Kommt er nun zu dem Ergebnis, daß mehrere oder alle Anwendung finden müssen, daß der Täter mithin auf Grund mehrerer bezw. aller verwirklichten Tatbestände *schuldig* gesprochen werden muß, so tritt ihm sofort eine neue Frage entgegen:

Aus welcher der mehreren anzuwendenden Gesetzesbestimmungen ist die *Strafdrohung* zu entnehmen?

Zu der *Konkurrenz bei der Schuldigsprechung* tritt die *Konkurrenz bei der Strafzumessung*.

---

[1]) Bisweilen wird dieser Begriff jedoch in engerem Sinn gebraucht, indem man darunter nur diejenigen Fälle versteht, in denen mehrere Gesetzesbestimmungen *verletzt* sind, so: Dohna, Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze, 405. Wachenfeld, Verbrechensk. S. 55. Heinemann, Idealkonkurrenz S. 104/5. Bünger Z. StW. 8, 686. Ueber den Unterschied zw. Tatbestandsverwirklichung u. Gesetzesverletzung cf. Teil I, Kap. I.

b) Die Berechtigung der Gliederung der Konkurrenzfälle nach den Formen strafrichterlicher Tätigkeit bei der Urteilsbildung.

Die Unterscheidung zwischen Konkurrenz bei der Schuldigsprechung und Strafzumessung ist in der Wissenschaft durchaus nicht ungebräuchlich, wenngleich sie meist unbewußt geschieht und ihr für den systematischen Aufbau der Konkurrenzlehre infolgedessen keine Bedeutung zugemessen wird.[2])

M. E. ist aber diese Gliederung der Konkurrenzfälle notwendig, weil das Gesetz selbst auf sie hinweist und sie sich damit aus dem Gesetz selbst ergibt. Das bedarf näherer Begründung. Die Vorschriften, die allgemeine Grundsätze über das Zusammentreffen mehrerer Gesetzesbestimmungen enthalten, sind §§ 73 ff. StGB. § 73 bestimmt, es solle das Gesetz Anwendung finden, welches die schwerste Strafdrohung enthält, falls durch eine Handlung mehrere Gesetze verletzt sind[3]). § 74 ordnet an, daß auf eine Gesamtstrafe zu erkennen sei, falls durch mehrere Handlungen mehrere verschiedene oder mehrfach dasselbe Verbechen oder Vergehen begangen sei.

§§ 75 ff. enthalten die Bestimmung, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 74 und Zusammentreffen der in den bezeichneten §§ genannten Strafdrohungen auf jede Strafdrohung gesondert zu erkennen sei. —

Man erkennt leicht, daß Voraussetzung für die Anwendung der §§ 73—78 die bereits erfolgte Feststellung der Verletzung[4]) mehrerer Gesetze ist. Die Anwendung der §§ 73—78 setzt also eine schon erfolgte Bewertung der konkurrierenden Gesetze voraus. Da diese Bewertung aber vom Richter bereits bei der Frage der Schuldigsprechung vorgenommen werden mußte, können sich Bestimmungen, die die bereits erfolgte Bewertung bei der Schuldigsprechung voraussetzen, nicht nochmals auf die Bewertung dieser Konkurrenz beziehen. Das wollen die vom Gesetz aufgestellten Bestimmungen auch keinesfalls; denn wenn sie Vorschriften darüber enthalten, wie die Strafe zu bilden sei, (§ 73: schwerste Strofdrohung; § 74: Gesamtstrafe; §§ 75 ff.: Kumulation), so wollen sie unzweifelhaft dem Richter damit Anweisungen geben, nach welchen Grundsätzen er die Konkurrenz bewerten solle, die bei der Frage der Strafzumessung in Erscheinung tritt,[5]) und die in Erscheinung treten muß, da diese Konkurrenz ja die notwendige Folge der Feststellung ist, daß mehrere Gesetze verletzt sind und jene Feststellung nach unseren

---

[2]) cf. M. E. Mayer, Allgemeiner Teil S. 508/9. Staudinger-Schmitt, Strafgesetzbuch § 73. Beling, Grundz. 6. und 7. Aufl. S. 101.

[3]) Es heißt nicht, wenn durch eine Handlung die Tatbestandsmerkmale mehrerer Gesetze erfüllt sind!!

[4]) Näheres über den Gegensatz zwischen Tatbestandsverwirklichung und Gesetzesverletzung insbes. aber über den Begriff der Gesetzesverletzung unten Teil I, Kap. 1.

[5]) cf. Dohna a. a. O. 402. v. Liszt-Schmidt Lehrbuch 25. Aufl. S. 344. Lobe, Strafgesetzbuch, Vorb. 1 vor V. Abschn. H. Meyer-Allfeld, 8. Aufl., 292. RG. 18, 201.

obigen Darlegungen die Voraussetzung für die Anwendbarkeit der in den §§ 73—78 genannten Bewertungsvorschriften bedeutet.[6]) Das Gesetz behandelt mithin nur die Konkurrenz bei der Strafzumessung, aber baut diese auf der Konkurenz bei der Schuldigsprechung auf, (ohne allerdings für die Fälle der Konkurrenz bei der Schuldigsprechung irgendeine Bestimmung darüber zu treffen, nach welchen Grundsätzen die Bewertung dieser Konkurrenz vorzunehmen ist). Die Scheidung zwischen Konkurrenz bei der Schuldigsprechung und Strafzumessung ist somit durch das Gesetz nahegelegt.

c) Die Notwendigkeit von Bewertungsgrundsätzen für beide Gruppen von Konkurenzfällen.

In beiden Fällen der Konkurrenz tritt dem Richter die Frage entgegen, welches der mehreren in Betracht kommenden Gesetze anzuwenden ist. Soll die Auswahl nicht willkürlich sein, so muß sie nach bestimmten Grundsätzen erfolgen. Ihr Vorhandensein ist mithin für die Vornahme einer Auswahl der Gesetzesbestimmungen notwendig. Ist der Zweck dieser Grundsätze der, dem Richter eine Auswahl unter den konkurrierenden Gesetzesbestimmungen zu ermöglichen, so müssen sie Bewertungsangaben für die vom Richter vorzunehmende Auswahl bei der Schuldigsprechung oder Strafzumessung enthalten. Aus diesem Grunde sind diese Grundsätze als Bewertungsgrundsätze zu bezeichnen.

d) Die Notwendigkeit der Aufstellung (Ermittlung) von Bewertungsgrundsätzen für die Fälle der Konkurrenz bei der Schuldigsprechung seitens der Wissenschaft.

Das Gesetz selbst stellt nur für eine Gruppe von Konkurrenzfällen Bewertungsgrundsätze auf, nämlich für die Konkurrenz bei der Strafzumessung (cf. §§ 73ff.); dagegen erwähnt es keine Bewertungsgrundsätze für die Konkurrenz bei der Schuldigsprechung. Da das Gesetz schweigt, hat die Wissenschaft diese Lücke zu füllen; denn im Interesse sicherer und gleichmäßiger Rechtsanwendung ist die Aufstellung innerlich berechtigter Bewertungsgrundsätze dringend geboten.

Die Konkurrenzlehre hat daher die Aufgabe, die Praxis durch Aufstellung (Ermittlung) von Bewertungsgrundsätzen für die vom Gesetz nicht geregelten Fälle der Konkurrenz von Strafbestimmungen, die bei der Frage der Schuldigsprechung entsteht, zu unterstützen. Hierzu bedarf es aber zunächst einer Ermittlung derjenigen Konkurrenzfälle, die bei der Schuldigsprechung entstehen können.

Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich daher auf die Konkurrenz bei der Schuldigsprechung, indem sie die einzelnen Konkurrenzformen (= Typen der Konkurrenzfälle) und die für sie geltenden Bewertungsgrundsätze zu ermitteln und zusammenzustellen versucht.

---

[6]) cf. Ortloff: G. A. 32, 415.

c) Die Notwendigkeit eines systematischen (logischen) Aufbaus dieser Konkurrenzformen.

Haben wir nachgewiesen, daß es berechtigt ist, aus den Fällen der Konkurrenz die Gruppe: Konkurenz bei der Schuldigsprechung auszuscheiden und zum Gegenstand besonderer Untersuchung zu machen, so müssen wir, um dem Zweck unserer Untersuchung gerecht zu werden, noch einen Schritt weiter gehen: Wir müssen die hierher gehörigen Fälle systematisch ordnen; denn Voraussetzung für die Aufstellung (Ermittlung) der Bewertungsregeln ist eine genaue Kenntnis ihres Gegenstandes, d. h. der Konkurrenzformen. Diese erfordert eine erschöpfende Zusammenstellung der Fälle des Zusammentreffens mehrerer Gesetzesbestimmungen bei der Schuldigsprechung. Eine erschöpfende Zusammenstellung dieser Konkurrenzfälle kann aber nur in der Weise geschehen, daß man sie unter bestimmten Gesichtspunkten betrachtet, also systematisch, logisch zusammenstellt und so aus den Konkurrenzfällen Konkurrenzformen bildet; denn wollte man kasuistisch vorgehen und versuchen, alle einzelnen Konkurrenzfälle zusammenzustellen, so wäre das nicht nur ein umständlicher, sondern auch ein falscher Weg, da das Ziel: eine erschöpfende Zusammenstellung wegen der unübersehbaren Zahl denkbarer Konkurrenzfälle wohl nie erreicht würde.

Teil I.

Die logische Gliederung der Konkurrenzformen unter dem Gesichtspunkt von Mehrheit der Tatbestandsverwirklichung und Mehrheit der Gesetzesverletzung.

Kapitel I.

Mehrheit der Gesetzesverletzung und Mehrheit bloßer Tatbestandsverwirklichung als Grundlage für den logischen Aufbau der Konkurrenzformen.

Soll die Zusammenstellung der Konkurrenzfälle logisch geschehen, so muß ein bestimmter Gesichtspunkt gewählt werden. Daß der allgemein übliche Aufbau auf Grund von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit eine logisch erschöpfende Gliederung der Konkurrenzformen nicht gestattet, wird die spätere Darstellung deutlich zeigen. Denn aus einer Betrachtung der Konkurrenzformen wird erst ersichtlich werden, daß sie sich nicht auf Grund von Handlungseinheit und -mehrheit logisch erschöpfend ordnen lassen.

Wollen wir die Konkurrenzfälle systematisch ordnen, um auf diesem Wege zu bestimmten Konkurrenzformen zu gelangen, so müssen wir zunächst wissen, wodurch das Zusammentreffen mehrerer Gesetzbestimmungen verursacht werden kann; denn wenn wir verschiedene Ursachen einer Konkurrenz feststellen können, so ist dadurch eine innerlich gerechtfertigte Gliederung der Konkurrenzfälle gegeben und der maßgebliche Gesichtspunkt für die Gliederung gewonnen.

Wie uns bei der Frage: wobei kommt es zu einer Konkurrenz?,[7]) das Gesetz selbst den Weg wies, so geschieht es auch bei der hier interessierenden Frage: *wodurch kann eine Konkurrenz verursacht werden?*

Die Anwendung des § 73 setzt voraus, daß durch eine Handlung mehrere Gesetze verletzt, die des § 74, daß durch mehrere Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen oder dasselbe Verbrechen oder Vergehen mehrmals begangen worden ist. Der in der Wissenschaft bestehende Streit, ob sowohl im Falle des § 73 als auch im Falle des § 74 Verbrechensmehrheit angenommen werden muß, der auf verschiedenartigen Ansichten über den Begriff des Verbrechens beruht, braucht hier noch nicht erörtert zu werden, da von seiner Entscheidung für das Ergebnis unserer Untersuchung nichts abhängt. Gleich, ob man nur im Falle des § 74 Ver-

---

[7]) cf. Einl. a.

brechensmehrheit annimmt oder auch im Falle des § 73, in beiden Fällen ist man sich einig darüber, daß die Anwendung des § 74 genau wie die des § 73 mehrfache Gesetzesverletzung voraussetzt; denn eine Mehrheit von Verbrechen ohne eine Mehrheit verletzter Gesetze (sei es verschiedener oder desselben) ist undenkbar.

Stellten wir fest, daß die Anwendbarkeit der §§ 73/74 in gleicher Weise Verletzung mehrerer Gesetze bedingt, beachten wir ferner, daß die vorgenannten §§ in dem Abschnitt: Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen stehen, so ergibt sich, daß das Gesetz als Ursache der Konkurrenz nur die mehrfache Gesetzesverletzung kennt. Wir müssen daher prüfen, ob die Konkurrenz noch andere Ursachen haben kann. Zu diesem Zwecke müssen wir den Begriff der Gesetzesverletzung ermitteln; denn erst wenn wir ihn gewonnen haben, können wir feststellen, ob von ihm sämtliche Konkurrenzfälle erfaßt werden. Naheliegend wäre es, unter Gesetzesverletzung die Verwirklichung eines abstrakten Tatbestandes und folglich unter Mehrheit der Gesetzesverletzung die Verwirklichung mehrerer abstrakter Tatbestände oder mehrfache Verwirklichung desselben Tatbestandes zu verstehen. Allein, dem kann nur unter einer Einschränkung zugestimmt werden. Aufgabe des Richters ist die Subsumtion eines konkreten Tatbestandes unter die Rechtsordnung. Bei der Erfüllung dieser Aufgabe muß der Richter allerdings sämtliche Gesetzesbestimmungen feststellen, deren Tatbestandsmerkmale durch den Sachverhalt erfüllt werden. Diese Feststellung mehrfacher Tatbestandsverwirklichung genügt aber keinesfalls; er muß einen Schritt weitergehen; er muß die einzelnen Gesetzesbestimmungen als Bestandteile der Rechtsordnung werten, was nur dadurch geschehen kann, daß er die betreffenden Bestimmungen zueinander in Beziehung setzt. Hierbei wird er oft die Feststellung machen, daß sämtliche Gesetze, deren Tatbestandsmerkmale erfüllt werden, zur rechtlichen Würdigung des Sachverhalts in objektiver und subjektiver Beziehung erforderlich sind. Oft aber wird er auch feststellen müssen, daß bereits der eine die rechtlich relevanten Eigenschaften des Vorfalls vollständig erfaßt, obgleich die Tatbestandsmerkmale sämtlicher Gesetze vorliegen (sofern man jeden für sich zu dem Sachverhalt in Beziehung setzt), sodaß für die Anwendung der übrigen Gesetzesbestimmungen kein Raum ist. Da die Aufgabe des Richters in der Subsumtion unter die Rechtsordnung besteht, kann nur dasjenige Urteil Anspruch auf Richtigkeit erheben, dessen Entscheidungsgründe den Tatbestand der Rechtsordnung gemäß und nicht nur paragraphenmäßig würdigen. Da aber das Urteil die strafbare Handlung feststellt und diese nach Auffassung des Gesetzes [cf. §73 („verletzt"): Ueberschrift des V. Abschnitts („Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen)] identisch ist mit Gesetzesverletzung,[8]) so ist offensichtlich, daß nicht jede Tatbestandsverwirklichung eine Gesetzesverletzung ist, sondern nur eine solche, deren Beachtung bei der Urteilsbildung erforderlich ist, um alle rechtlich relevanten Eigenschaften des Sachverhaltes zu würdigen, d. h. um den Un-

---

[8]) cf. die Ausführungen Bindings zu der Frage der Gesetzesverletzung. Binding Normen I, 203[6] in Verb. m. Handb. I, 572 Anmerkung 11.

rechts- und Schuldwert desselben voll zu erfassen.[9]) Eine mehrfache Gesetzesverletzung liegt mithin dann vor, wenn mehrere Tatbestände verwirklicht sind, die bei der Schuldigsprechung d. h. bei der Ermittlung des Unrechts- und Schuldwertes sämtlich angewendet werden müssen, da sie gleichberechtigt sind, und ohne deren Beachtung nicht sämtliche rechtlich relevanten Eigenschaften des konkreten Geschehens im Urteil zum Ausdruck gebracht werden könnten.[10])

Aus der eben gewonnenen Begriffsbestimmung der Gesetzesverletzung folgt, daß durch sie nicht sämtliche Fälle der Konkurrenz erfaßt werden, nämlich nicht diejenigen Fälle, deren nähere Betrachtung die Anwendung nur eines Gesetzes ergibt. Andererseits weist der Begriff der Gesetzesverletzung auf den der Tatbestandsverwirklichung hin, da sie Begriffsmerkmal der Gesetzesverletzung ist.

Als Ergebnis können wir daher feststellen: die Ursache der Konkurrenz mehrerer Gesetzesbestimmungen ist die mehrfache Tatbestandsverwirklichung, die bestehen kann entweder in mehrfacher Gesetzesverletzung oder in mehrfacher bloßer Tatbestandsverwirklichung = Tatbestandsverwirklichung i. e. S.

Demnach wollen wir die bei unserer Untersuchung zu betrachtende Gruppe von Konkurrenzfällen unter dem Gesichtspunkt der Mehrheit von Gesetzesverletzung und Tatbestandsverwirklichung ordnen.

Kapitel II.

Die Konkurrenzformen bei Mehrheit der Gesetzesverletzung.

Vorbemerkung: In den Darstellungen der Konkurrenzlehre ist es üblich, die Fälle der Konkurrenz bei Mehrheit bloßer Tatbestandsverwirklichung (sog. Gesetzeskonkurrenz und scheinbare Realkonkurrenz) den Fällen der Konkurrenz bei Mehrheit der Gesetzesverletzung (Idealkonkurrenz bzw. Realkonkurrenz) voranzustellen. Dazu gibt der praktische Gesichtspunkt wohl die Veranlassung, daß überall dort, wo sich mehrere Tatbestandsverwirklichungen nicht als Gesetzeskonkurrenz oder scheinbare Realkonkurrenz erweisen, ein Fall der Idealkonkurrenz oder Realkonkurrenz vorliegen muß.

Denoch ist hier absichtlich von dieser Darstellung abgewichen, um die Eigenart der zuletzt genannten Konkurrenzformen bereits durch ihre Stellung in dem System deutlicher hervortreten zu lassen.

---

[9]) cf. Mezger, a. a. O. S. 7 ff., insbes. 11, der, soweit hier die Frage des Unrechtswertes in Betracht kommt, ausführt, daß jeder Tatbestand das Urteil darüber ist, daß die ihm unterfallende Handlung nur bis auf weiteres unrecht ist. cf. auch Köhler, Grenzl. 45.

[10]) cf. M. E. Mayer a. a. O. 505. v. Bar, Gesetz und Schuld 3, 525 ff. v. Wächter, Deutsches Strafrecht 291. P. Merkel Vgl. Drst. A. T. 5 300. Köhler, Grenzlinien S. 45. Van Calker, Strafrecht 85. Beling L. v. V. S. 378 ff.

§ 1: Die Idealkonkurrenz.

I. Begriff und Wesen.

Als Idealkonkurrenz oder eintätige Konkurrenz[11]), rechtlicher Zusammenfluß, concursus delictorum formalis wird allgemein in Anlehnung an § 73 St. G. B. die mehrfache Gesetzesverletzung durch eine Handlung bezeichnet.[12])

Der Begriff weist zwei Elemente auf: Handlungseinheit und Mehrheit der Gesetzesverletzung, Elemente, die wir einer näheren Betrachtung unterziehen müssen.

1) Handlungseinheit.

Der Handlungseinheit ist begrifflich die Handlungsmehrheit gegenüber zu stellen. Ehe wir jedoch eine Abgrenzung zwischen Einheit und Mehrheit der Handlung vornehmen können, müssen wir den Begriff der Handlung klarlegen.

a) Der Handlungsbegriff.

aa) Die §§ 73, 74 StGB. als Ausgangspunkt für die Ermittlung des Begriffs.

Wollen wir hierbei zu einem brauchbaren Resultat gelangen, so müssen wir vom Gesetz ausgehen. Es ist also zu untersuchen, ob die für unsere Frage allein in Betracht kommenden §§ 73/74 einen bestimmten Handlungsbegriff aufstellen oder enthalten. Weder § 73 noch § 74 enthält eine Definition der Handlung.

Aus der Formulierung des § 73 folgt aber, daß eine Handlung die Ursache einer Gesetzesverletzung sein kann und aus § 74, daß sie die Ursache einer Verbrechensbegehung bilden kann. Da nun aber, wie bereits oben ausgeführt (cf. Teil I Kap. I), eine Verbrechensbegehung nicht anders möglich ist als durch Gesetzesverletzung, so folgt, daß sich beide Gesetzesbestimmungen auf solche Handlungen beziehen, die Ursache einer einfachen oder mehrfachen Gesetzesverletzung bilden können. Das Wort Handlung wird also in beiden Gesetzesbestimmungen im gleichen Sinne gebraucht.[13]) Damit wird aber lediglich die Existenz solcher Handlungen vorausgesetzt, ohne daß dadurch die Möglichkeit der Existenz von Handlungen in Frage gestellt wird, die nicht die Ursache einer Gesetzesverletzung bilden können. Daraus ergibt sich, daß nebeneinander zu stellen sind: Handlungen und als deren Spezialfälle: Handlungen, die Ursache einer Gesetzesverletzung bilden können. Da aber der Begriff der Idealkonkurrenz auf der Formulierung des § 73 basiert und dieser nur die letztgenannte Art erwähnt, besteht unsere Aufgabe darin, die für sie maßgeblichen Begriffsmerkmale zu ermitteln. Da die Handlungen i. S. von §§ 73 ff. Spezialfälle des vom Gesetz vorausgesetzten Handlungsbegriffs sind, müssen wir zunächst den generellen Handlungsbegriff ermitteln und daraus den speziellen des § 73 bilden, was nur dadurch geschehen kann, daß wir die durch §§ 73/74 ge-

---

[11]) so Sander: Betrachtungen über die Konkurrenz der Verbrechen 1836 S. 266 ff. 357 ff bes. 274.

[12]) cf. statt vieler Olshausen, Strafgesetzbuch § 73 Anm. 15.

[13]) cf. P. Merkel a. a. O. S. 293. Neuhaus: „Eine und dieselbe Handlung" S. 13.

forderten Eigenschaften den noch zu ermittelnden Begriffsmerkmalen der Handlung als fernere hinzufügen.

bb) Ermittlung des vom Gesetz vorausgesetzten (generellen) Handlungsbegriffs.

A) Da das Gesetz keine Begriffsbestimmung der Handlung enthält, liegt es nahe, den allgemeinen Sprachgebrauch für maßgeblich zu halten. Allein, hier tritt uns sofort die Schwierigkeit entgegen, daß der allgemeine Sprachgebrauch keinen einheitlichen Handlungsbegriff kennt. Das Wort Handlung gebraucht man beispielsweise in dem Sinn von gewollter Körperbewegung, wenn man sagt: eine Handlung ist mißlungen; unter Handlung versteht man eine gewollte Körperbewegung einschließlich ihrer Wirkungen, die sie verursacht, wenn man sagt, jemand müsse für seine Handlungen einstehen. Neben diesen Bedeutungen des Wortes Handlung kennt der allgemeine Sprachgebrauch noch mehrere andere[14]), womit unsere Behauptung, daß es dem allgemeinen Sprachgebrauch an einem einheitlichen Handlungsbegriff ermangele, bewiesen sein dürfte.

B) Da infolgedessen der Sprachgebrauch für die Ermittlung des Handlungsbegriffs nicht maßgeblich sein kann, und das Gesetz keinen besonderen Handlungsbegriff aufstellt, bleibt nur, den „natürlichen“, physiologischen Handlungsbegriff zu ermitteln. Hierbei ist der allgemeine Sprachgebrauch, wenn er auch nicht maßgeblich sein kann, doch insofern dienlich, als er einen wichtigen Anhaltspunkt bietet: die vorgenannten Bedeutungen des Handlungsbegriffs stimmen darin überein, daß sie unter Handlung ein menschliches Verhalten verstehen.[15])

Nun ist zwar jede Handlung ein menschliches Verhalten, aber keinesfalls umgekehrt jedes menschliche Verhalten eine Handlung. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen. Wer eine Sache in wachem Zustande beschädigt, handelt; wer dagegen im Schlafe eine Sache beschädigt, handelt nicht. Fragen wir uns, warum ist die Beschädigung der Sache in einem Falle Handlung, im anderen Falle nicht, so ist nur eine Antwort möglich: weil im zweiten Falle die Körperbewegung nicht gewollt war; denn darin besteht das einzige Unterscheidungsmerkmal beider Fälle.[16])

Verwerten wir diese Erkenntnis, so können wir definieren: Handlung ist dasjenige menschliche Verhalten, welches eine Willensbetätigung darstellt. Was haben wir nun unter Willensbetätigung zu verstehen? Die Antwort ergibt sich aus der Analyse dieses Begriffes. Zerlegen wir den Begriff Willensbetätigung in seine Elemente, so erkennen wir ohne weiteres, daß dem in der Sinnenwelt wahrnehmbaren äußeren Willensakt der innere Willensakt = Entschließung gegenübergestellt werden muß und zwar als das physiologische Prius. Der innere Willensakt hat aber seinerseits Ursachen; denn „das Gewollte existiert zuerst als Vor-

---

[14]) cf. die Zusammenstellung bei Köhler a. a. O. S. 12—18.

[15]) cf. Sauer, Grundlagen 417 m. Anm. 2 ff., 488. Hegler, Z. St. W. 36, 24. Neubecker, Zwang und Notstand (1910) 67. Wachenfeld, a. a. O. S. 14, 73. Mittermayer, Z. St. W. 44, 11. Frank, Strafgesetzbuch § 1, II, 2. ders.: Einl. Bestimm. S. 4, III, 1.

[16]) cf. M. E. Mayer a. a. O. 102. Frank, Einleit. Bestimm. a. a. O., S. 4, III, 2. Beling, Grdz. 17.

stellung". Die Vorstellungen sind es, die auf den Willen einwirken. Sie sind mithin die Beweggründe, Motive der Willensbildung, die zur Willensbetätigung führen.[17]) Diese kann ihrerseits bestehen in gewollter Körperbewegung oder gewollter Körperruhe, woraus folgt, daß zwei Arten von Willensbetätigung unterschieden werden müssen: gewollte Körperbewegung = Tätigkeit; gewollte Körperruhe = Unterlassung.[18])

Das Ergebnis der Analyse ist folgende Kette kausal verknüpfter Glieder: das Motiv verursacht den inneren Willensakt, der seinerseits den äußeren Willensakt in Form der Tätigkeit oder Unterlassung zur Folge hat. Daraus ergibt sich folgende kurze Definition:

Handlung ist ein motivierter Willensakt.[19])

cc) Die Spezialisierung des Begriffs auf Grund der §§ 73, 74.

Der von uns ermittelte physiologische Begriff der Handlung bedarf, wie wir bereits oben bemerkten, einer Spezialisierung insofern, als er die durch §§ 73/74 geforderten Eigenschaften aufweisen muß; denn als Handlung im Sinne der §§ 73/74 kommen nur diejenigen motivierten Willensakte in Betracht, die Ursache einer Gesetzesverletzung sein können, und diese Eigenschaft weist ganz unzweifelhaft nicht jeder motivierte Willensakt auf.

Welche Spezialisierungsmerkmale müssen wir nun den bisher ermittelten als neue Begriffsmerkmale hinzufügen? Um diese Frage zu beantworten, ist erforderlich, die Ursachen einer Gesetzesverletzung zu ermitteln. Zu diesem Zwecke wollen wir zurückgreifen auf das Ergebnis früherer Untersuchungen.

A) Im Teil I Kap. I hatten wir festgestellt, daß eine Gesetzesverletzung diejenige Tatbestandsverwirklichung ist, deren Konstatierung notwendig ist, um alle rechtlich relevanten Eigenschaften des Sachverhalts zu würdigen. Der theoretische Normalfall ist nun der, daß sich Tatbestandsverwirklichung und Gesetzesverletzung decken. Fallen sie aber auseinander, so ist Voraussetzung dafür stets das Vorliegen mehrfacher Tatbestandsverwirklichung. Daraus ergibt sich, daß eine Gesetzesverletzung ohne

---

17) Die Motive als solche, d. h. die Vorstellungen wirken zwar nicht selbst auf den Willen ein, sondern, wie M. E. Mayer mit Recht hervorhebt, die Gefühle, die mit den Vorstellungen verbunden sind, z. B. „aus Furcht" cf. M. E. Mayer a. a. O. 104, 105. Diese Feinheit d. Unterscheidung kann jedoch hier unberücksichtigt bleiben.

18) Für Einschluß der Unterlassung in den Handlungsbegriff: Binding: Normen II 108. Beling: L. v. V. 14 ff. Beling: Grundz. 18. Hegler: Z. St. W. 36, 24. M. E. Mayer: a. a. O. 108 ff. Frank: a. a. O. S. 4, III, 2. Bekker, Theorie des Strafr. 1, 249, 255 ff. Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit Bd. I, 78 ff. Bierling, Juristische Prinzipienlehre, 3, 16 ff. v. Rohland, Vgl. Darst. A. 1, 365. Berner, Lehrb. 9. Aufl. 159. Gegen Einschluß der Unterlassung in den Handlungsbegriff: Radbruch, Der Handlungsbegriff 131 ff. 142. cf. auch Kollmann, Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystem, Strafr. Abh. Heft 91, 223.

19) Vgl. M. E. Mayer, Schuldhafte Handlung 16 ff.; den Ausdruck Willensakt schlägt vor Baumgarten, der Aufbau der Verbrechenslehre S. 114.

Tatbestandsverwirklichung unmöglich ist. Die Tatbestandsverwirklichung muß daher in jedem Falle als Voraussetzung für die Konstatierung der Gesetzesverletzung bezeichnet werden. Wenn nun § 73 Rechtsfolgen anordnet für den Fall, daß eine Handlung mehrere Gesetze verletzt und damit — wie auch § 74 — für die Handlung eine Eigenschaft für erforderlich hält, nämlich daß sie Ursache einer Gesetzesverletzung sein kann, so kann damit nichts anderes gesagt sein, als daß eine Handlung so beschaffen sein muß, daß sie Voraussetzung für die Konstatierung einer Gesetzesverletzung bilden kann. Dazu ist aber, wie wir eben dargelegt haben, erforderlich, daß sie geeignet ist, einen Tatbestand zu verwirklichen. Ist Handlung aber das Mittel der Tatbestandsverwirklichung, dann bedarf unsere Definition in zweifacher Hinsicht einer Ergänzung. Unverkennbar ist, daß von dem Vorliegen einer bestimmten Handlung erst dann gesprochen werden kann, wenn durch die Willensbetätigung entweder irgendeine „Veränderung in der Außenwelt“ [20]) eingetreten ist, so bei den Kommissivdelikten, oder wenn zwar keine Veränderung der Außenwelt eingetreten ist, aber die Herbeiführung einer solchen Veränderung von der Rechtsordnung gefordert wurde, so bei den Omissivdelikten, d. h. den sog. echten Unterlassungsdelikten.[21]) Zwei Beispiele mögen dieses verdeutlichen:

§ 211 bedroht denjenigen mit der Todesstrafe, der einen Menschen tötet. Was ist zur Verwirklichung des Tatbestandes erforderlich? Töten eines Menschen. Wann kann man davon sprechen, daß die in § 211 genannte Tötungs h a n d l u n g vorliege? Erst wenn der Tod des anderen eingetreten ist.[22]) Zur Feststellung der Tötungshandlung ist mithin erforderlich, daß eine bestimmte durch die Willensbetätigung verursachte Veränderung der Außenwelt, nämlich der Tod des anderen, eingetreten ist.

Andererseits ergibt sich aus § 367 Z. 13, daß von einer Unterlassung der Ausbesserung eines dem Einsturz drohenden Gebäudes erst dann gesprochen werden kann, wenn die von der Polizei gesetzte Frist fruchtlos verstrichen ist, wenn also die von der Rechtsordnung erwartete Veränderung der Außenwelt nicht eingetreten ist.

Die durch eine Willensbetätigung herbeigeführte Veränderung der Außenwelt ist nun gleichbedeutend mit dem durch sie verursachten Erfolg.[23]) Ebenso ist man aber berechtigt, den Nichteintritt einer von der Rechts-

---

[20]) so Liszt-Schmidt 25. Auflage 154. Ueber die zweite Ergänzung des generellen Handlungsbegriffs cf. unten B.

[21]) cf. StGB. §§ 367 Z. 13, 139, 140 Z. 1, 170. cf. M. E. Mayer a. a. O. 133.

[22]) cf. Wachenfeld a. a. O. 23.
Zu beachten ist, daß nicht nur die vollendete Handlung, sondern auch die Versuchshandlung einen Erfolg in dem oben beschriebenen Sinne aufweisen muß; denn die Versuchshandlung unterscheidet sich von der vollendeten Handlung nicht etwa durch das Fehlen eines (jeglichen) Erfolges, sondern dadurch, daß bei dieser der Willensakt vollständig, bei jener dagegen nur teilweise realisiert worden ist. Das zeigt der Wortlaut des § 43 StGB. deutlich: „Wer den Entschluß . . . durch Handlungen, welche den A n f a n g der Ausführung . . . enthalten, betätigt hat. (Vgl. unten AA).

[23]) so v. Liszt-Schm. 25. Aufl. S. 154.

ordnung erwarteten Veränderung der Außenwelt, der durch gewollte Untätigkeit verursacht ist, als Erfolg zu bezeichnen, falls man das Postulat:

> „Fasse die in den gesetzlichen Tatbeständen umschriebenen Ereignisse als Erfolge auf!“ [24])

für berechtigt hält. Denn, um ein Beispiel anzuführen: das im § 367, Z. 13 umschriebene Ereignis ist die Unterlassung der Ausbesserung oder Niederreißung eines dem Einsturz drohenden Gebäudes trotz Aufforderung seitens der Polizei. Von einer Unterlassung im Sinne dieser Vorschrift kann aber erst dann gesprochen werden, wenn die erwartete Veränderung der Außenwelt, d. h. die Ausbesserung oder Niederreißung nicht erfolgt ist; m. a. W. das im § 367 Z. 13 umschriebene Ereignis ist gleichbedeutend mit dem Nichteintritt des von der Rechtsordnung erwarteten Erfolges. Gibt man aber die Berechtigung des oben genannten Postulates zu, faßt man also das im § 367 Z. 13 umschriebene Ereignis als Erfolg auf, dann ist man auch berechtigt, in gleicher Weise die durch die Willensbetätigung herbeigeführte Veränderung der Außenwelt, wie den Nichteintritt einer von der Rechtsordnung erwarteten Veränderung der Außenwelt als Erfolg zu bezeichnen. Die Berechtigung jenes Postulats ergibt sich aber aus der Relativität des Erfolgsbegriffes; denn der Erfolg als Ereignis kann sowohl als Ursache = Willensbetätigung, oder als Wirkung = Erfolg aufgefaßt werden „und wird so aufgefaßt, wie es dem Urteilenden entspricht“. [25]) Da aber bei der Anwendung des Strafgesetzes die Hauptfrage darin besteht, ob das im abstrakten Tatbestand umschriebene Ereignis eingetreten ist, erweist sich jenes Postulat als notwendig.

Als Ergebnis können wir mithin feststellen: *Das Gesetz zählt den Erfolg* (sowohl bei den Kommissivdelikten wie bei den Omissivdelikten) *zu den Begriffsmerkmalen der Handlung.*

AA) Das wird für den Handlungsbegriff, wie er im § 73 gebraucht ist, von Köhler bestritten.

Köhler vertritt[26]) den Standpunkt, daß Handlung im Sinne von § 73 lediglich Tätigkeit sei. Er begründet das damit, daß er sagt: „wenn es da (d. h. im § 73) heißt, „wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt“, so kann das Handeln nur als eine Bewegung, nur als die Tätigkeit selbst aufgefaßt werden; denn der Erfolg als solcher verletzt nicht, sondern die ihn verursachende Tätigkeit“. Dagegen ist folgendes zu bemerken: Der Voraussetzung Köhlers: der Erfolg als solcher verletze nicht, sondern die Tätigkeit, die den Erfolg verursache, ist unzweifelhaft zuzustimmen; allein Köhler übersieht offenbar, daß *nur die beendigte Tätigkeit verletzt*, sei es, daß der innere Willensakt durch die Willensbestätigung vollständig, sei es, daß er nur teilweise realisiert worden ist (Versuch, Vollendung). Beendigung einer Willensbetätigung hat aber eine Veränderung der Außenwelt zur Folge, deren Eintritt vom physiologischen Standpunkt aus betrachtet zwar nicht mehr zur Handlung = Willensbetätigung gehört, aber, wie aus dem Beispiel des § 211 unzweifelhaft erhellt, vom Gesetz zu den Begriffsmerkmalen der Handlung

---

[24]) so M. E., Mayer a. a. O. 117.
[25]) so M. E. Mayer a. a. O. 117.
[26]) a. a. O. S. 13 Anm. 2.

gerechnet wird. Der Auffassung Köhlers kann daher nicht zugestimmt werden.[27])

BB) In Abweichung von Köhler, der unter Handlung im Sinne von § 73 *lediglich* eine Tätigkeit versteht, vertritt die h. M. den Standpunkt, daß unter Handlung (im Sinne von § 73) nur *ausnahmsweise* reine Tätigkeit verstanden werde, daß also der Erfolg ausnahmsweise nicht zum Handlungsbegriff gehöre, nämlich bei den sog. *Formal = schlichten Tätigkeitsdelikten*.[28]) Das Wesen dieser Delikte soll darin bestehen, daß ihr Tatbestand „sich in dem (positiven oder negativen) Verhalten erschöpft“ [29]), d. h. zu ihrem Tatbestand kein Erfolg gehöre. Das Fehlerhafte dieser Ansicht besteht, wie M. E. Mayer mit Recht ausführt, darin, „daß sie am Aeußeren haften bleibt“. Es ist zwar der h. M. zuzugeben, daß Willensbetätigung und Erfolg bei dieser Gruppe von Delikten, z. B. Meineid, Beleidigung zeitlich zusammenfallen, sodaß der Anschein entstehen kann, als ob hier kein Erfolg vorhanden wäre; jedoch ist dieses Zusammenfallen nur ein scheinbares; denn, um ein Beispiel zu bilden, auch bei Meineid ist scharf voneinander zu trennen: das Aussprechen der Worte und das Anhören durch den Richter, ohne welches wohl niemand von einem geleisteten Meineid sprechen wird. Noch deutlicher ist es bei dem als Beispiel von Frank zitierten § 361, Z. 2. Hier soll das Zurückreisen oder -gehen in das Bundesgebiet allein zur Verletzung des Gesetzes ausreichend sein. Jedoch, von einer verbotenen Rückkehr kann erst dann die Rede sein, wenn der Ausgewiesene das Bundesgebiet wieder betreten hat, sodaß hier die Willensbetätigung (Reisen) der Tatsache, daß der Ausgewiesene sich wieder auf Bundesgebiet befindet, also dem Erfolge gegenübergestellt werden muß; erst wenn der Erfolg eingetreten ist, ist auch hier die Bestrafung möglich.

Wie unsere Betrachtung zeigt, ist auch in diesen Fällen der Eintritt eines Erfolges erforderlich, sodaß der Ausdruck „Formaldelikt“ nicht zutreffend ist.[30]) Wir müssen daher im Gegensatz zur h. M. den Erfolg *stets* als Bestandteil der Handlung im Sinne der §§ 73/74 betrachten.[31])

B) Aus der Betrachtung des Gesetzes ergab sich für uns *einerseits* die Notwendigkeit, den Erfolg als Handlungselement zu werten. *Andererseits* ist aus der Betrachtung des Gesetzes ohne weiteres ersichtlich, daß häufig mehrere Willensbetätigungen einschließlich der durch sie verursachten Erfolge unter einen Begriff zusammengefaßt werden, so z. B. § 223: „Wer .... *mißhandelt* oder an der Gesundheit beschädigt ....“; § 242: „Wer .... wegnimmt ....“; § 267: „Wer ...

---

[27]) Vgl. Wachenfeld a. a. O. S. 33.

[28]) cf. statt vieler Frank a. a. O. S. 10 § 1, III, 1. Meyer-Allfeld: 8. Aufl. 104.

[29]) so Frank a. a. O. S. 10.

[30]) Gegen diesen Begriff daher von Liszt-Schm. 25. Aufl. S. 155. Wachenfeld a. a. O. 33. M. E. Mayer: a. a. O. 119 ff.

[31]) cf. Heinemann a. a. O. S. 54. Liszt-Schm. 25. Aufl. 155: „Zu jedem Verbrechen (ist) ein Erfolg erforderlich“. M. E. Mayer a. a. O. S. 102. M. E. Mayer, Militär-Str. R. 1, 75. Wachenfeld a. a. O. S. 25. H. Meyer-Allfeld, 6. Aufl. 1907: S. 152. Anders aber Meyer-Allfeld 8. Aufl. 1922 S. 99.

eine .... Urkunde .... fälschlich anfertigt und von derselben .... Gebrauch macht ...."

Auch dieser Tatsache muß eine Begriffsbestimmung der Handlung Rechnung tragen. Berücksichtigen wir dieses, so gelangen wir zu der Definition:

Handlung im Sinne der §§ 73/74 ist die Gesamtheit von Willensakten (einschließlich der durch sie verursachten Erfolge), die zur Realisierung eines abstrakten Tatbestandes im konkreten Falle dienlich sind.[32])

b) Die Abgrenzung von Handlungseinheit und -mehrheit.

Haben wir den Begriff der Handlung ermittelt, so fragt sich weiter: welcher Gesichtspunkt ist maßgeblich für Abgrenzung zwischen Handlungseinheit und -mehrheit?; denn die Worte des § 73: „Eine und dieselbe Handlung" stehen offenbar im Gegensatz zu den Worten „mehrere selbständige Handlungen" des § 74.

Entsprechend der Ermittlung des Handlungsbegriffs müssen wir bei der Abgrenzung von Handlungseinheit und -mehrheit untersuchen, welches die Merkmale der gesetzlichen Handlungseinheit sind. Aus der Tatsache, daß das Gesetz eine ausdrückliche Angabe darüber vermeidet, welcher Gesichtspunkt für die Abgrenzung entscheidend sein soll, ist es erklärlich, daß in der Literatur keine einheitliche Auffassung vertreten wird.

aa) Ungeeignete Abgrenzungsgesichtspunkte.

A) Eine Reihe von Schriftstellern erklärt die Zahl der Willensbestimmungen = Willensakte = Entschlüsse = Absichten des Handelnden für maßgeblich, andere stellen es auf den zeitlichen Zusammenhang der Tätigkeiten ab; endlich wird der entscheidende Gesichtspunkt in der Einheit und Mehrheit verletzter Rechtsgüter gesehen.

Die Auffassung, daß die Zahl der Willensbestimmungen des Handelnden maßgeblich sei, wird von Hälschner und John vertreten. Hälschner sagt[33]): „Und diese (d. h. Einheit und Mehrheit der Handlungen) ist wiederum allein abhängig von der Einheit oder Mehrheit der Willensbestimmungen, auf deren Verwirklichung der Handelnde seine Tätigkeit ursächlich bezogen hat, gleichviel, ob diese Willensbestimmung sich als Absicht oder Fahrlässigkeit darstellt". „Das Moment aber, welches die einzelnen Akte der Tätigkeit zur Einheit zusammenfaßt, ist nicht irgendein Zeitmaß, denn zeitlich auseinander liegende Willensakte können einer Handlung angehören, während umgekehrt zeitlich einander sehr naheliegende Akte auf verschiedene Handlungen zu beziehen sind. Ebensowenig hat der Gesetzgeber das Recht, darüber zu entscheiden, welche und wieviele Momente einer menschlichen Tätigkeit als eine Handlung zu betrachten seien.... Ueber die Einheit der Handlung hat nur der Handelnde das Recht zu entscheiden, und er tut dies durch die Absicht. Wo eine Absicht vorhanden ist, da erscheint das dieser Absicht entsprechende, sie verwirklichende Verhalten des Menschen als eine Handlung".[34])

---

[32]) Sachlich übereinstimmend P. Merkel a. a. O. S. 293. cf. auch Köhler a. a. O. S. 23. Wachenfeld a. a. O. S. 29.

[33]) System des Preuß. Strafr. 1858 Bd. I, 489.

[34]) Hälschner l. c. S. 497.

Ebenso erklärt John[35]) die Mehrheit der Absicht für entscheidend.

Wenn Hälschner sagt, der Gesetzgeber habe kein Recht, darüber zu entscheiden, welche und wieviele Momente einer einheitlichen Tätigkeit als eine Handlung zu betrachten seien, so hat er damit Recht, insofern als er den physiologischen Handlungsbegriff meint; denn ein Gesetz hat nicht die Möglichkeit, die Ergebnisse physiologischer Untersuchungen irgendwie zu beeinträchtigen. Wohl aber kann das Gesetz, wenn es einen Begriff verwendet, der wie der Begriff der Handlung, dem Gebiet der Physiologie angehört, diesen in einem veränderten Sinn gebrauchen (vgl. die von uns ermittelte Definition der Handlung im Sinne der §§ 73/74 oben a).) Mag daher auch vom physiologischen Standpunkt aus betrachtet die Absicht des Handelnden für das Vorliegen von Handlungseinheit oder -mehrheit entscheidend sein — darüber zu befinden ist hier nicht der Ort — für uns kann es jedenfalls nur darauf ankommen, zu ermitteln, welchen Gesichtspunkt das Gesetz für maßgeblich erklärt.[36]) Daß aber die Absicht des Handelnden für das Gesetz nicht entscheidend sein kann, ist leicht ersichtlich, wenn man die sog. mehraktigen Delikte, z. B. Urkundenfälschung (§ 267) betrachtet. Zwar können die beiden dort genannten Willensakte: Verfälschen, Gebrauchmachen auf einer einheitlichen Entschließung beruhen, ebenso aber können sie durch verschiedene Entschließungen verursacht sein, sodaß mehrere Handlungen im physiologischen Sinne gegeben sind, die aber — was ganz unbestreitbar ist — vom Gesetz als eine (strafbare) Handlung gewertet werden. Wie wäre auch sonst die ganz allgemein anerkannte Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen §§ 267 und 263 denkbar, die als solche doch Handlungseinheit voraussetzt! [37])

B) Ebensowenig wie die Absicht des Täters ist der zeitliche Zusammenhang der einzelnen Tätigkeitsakte maßgebend; denn darüber besteht wohl Einstimmigkeit, daß allein von der Tatsache, daß Körperbewegungen zur gleichen oder verschiedenen Zeit vorgenommen worden sind, (wo soll die Grenze liegen?) die Frage der juristischen Handlungseinheit und -mehrheit nicht abhängen kann (cf. § 267), wie noch die Lehre der italienischen Jurisprudenz annahm.[38])

C) Aber auch Einheit und Mehrheit der verletzten Rechtsgüter ist für unsere Frage unerheblich; so ist die strafrechtliche Handlungseinheit unbestreitbar, wenn jemand ein fremdes Haus in Brand steckt und dadurch

---

[35]) Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenskonkurrenz S. 67, 98; Beiträge zur Lehre von der Verbrechenskonkurrenz, Goltd. Arch. III S. 512.

[36]) cf. Köhler a. a. O. S. 27. Coenders: Idealkonkurrenz S. 28/9, 34, 36.

[37]) Gegen Hälschner und John: Wachenfeld a. a. O. S. 27. Köhler: a. a. O. S. 25 Anm. 1, 26. Beling L. v. V. 337 f. Heinemann a. a. O. 54. Berner, Grunds. des Preuß. Strafr. §§ 131/132. Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen G. S. 31, Beil. S. 5/6. RG. 33, 48; 10, 54. P. Merkel a. a. O. 297/8.

[38]) cf. Hälschner, System I, 495 ff. Wachenfeld a. a. O. S. 27. Köhler: a. a. O. S. 24, Anm. 2. Olshausen, Kommentar zum StGB. § 73, N. 2. Frank a. a. O. § 73, I. P. Merkel a. a. O. S. 298. Berner, der Grundsatz ne bis in idem S. 114. RG. 32, 139.

zugleich den Tatbestand der Sachbeschädigung erfüllt, obwohl hier mehrere Rechtsgüter verletzt sind (Eigentum § 303, öffentliche Sicherheit und Eigentum 306).[39])

D) Endlich kann auch nicht Einheit und Mehrheit der Erfolge als der maßgebliche Gesichtspunkt für die Abgrenzung von Handlungseinheit und Mehrheit angesprochen werden.[40]) Als Beispiel hierfür sei ebenfalls § 303 i. V. m. § 306 genannt: Beschädigung bezw. Vernichtung des Gebäudes : Gefährdung der Sicherheit der Bewohner.

bb) Ausgangspunkt muß das Gesetz bilden.

Als Ergebnis unserer bisherigen Erörterung können wir feststellen, daß weder die Absicht des Handelnden noch der zeitliche Zusammenhang der einzelnen Tätigkeitsakte noch Einheit oder Mehrheit der verletzten Rechtsgüter der maßgebende Gesichtspunkt für die Abgrenzung von Handlungseinheit und -mehrheit sein kann. Vielmehr ist noch einmal zu betonen, was bereits bei der Betrachtung der Ausführungen Hälschners gesagt wurde: wenn auch das Gesetz einen Begriff verwendet, der zugleich ein Begriff einer bestimmten Wissenschaft ist, so ist man erst dann befugt, beide zu identifizieren, falls man festgestellt hat, daß das Gesetz ihn nicht in modifiziertem Sinne gebraucht. Unsere Aufgabe besteht daher darin, den Begriff der Handlungseinheit im Sinne des Gesetzes zu ermitteln, denn wie Hiller in seiner Schrift: „Ueber den gegenwärtigen Stand der Lehre von der Concurrenz der Delicte“ [41]) treffend ausführt, kann sich „die Einheit der Handlung trotz der möglichen Mehrheit der Tätigkeitsakte“ nur nach dem bestimmen, „was im Sinne des Gesetzes den Umfang des Tatmomentes für das einzelne Delikt bildet“. [42])

A) Von diesem Grundgedanken geht auch v. Buri aus, der in seiner Schrift: „Einheit und Mehrheit der Verbrechen“[43]) das Abgrenzungsmerkmal in der Zahl feststellbarer Kausalitäten sieht, indem er seine Ansicht aus dem Wortlaut des § 73 abzuleiten sucht.

Er geht bei der Frage der Handlungseinheit — genau wie wir — vom Gesetz aus und fragt: „Was unter ‚eine und dieselbe Handlung' zu verstehen sei“.[44]) Zutreffend bemerkt er weiter, eine Handlung müsse stets dieselbe, nämliche und könne nicht zugleich eine andere sein und führt dann wörtlich aus[45]): „Wenn daher § 73 die gemeinte Handlung als eine und, copulativ, als dieselbe Handlung bezeichnet, so ponirt er hiermit einen Gegensatz dahin, daß es nach seiner Auffassung eine Handlung gäbe, welche dieselbe Eine Handlung sei, im Unterschied von einer Handlung, welche nicht dieselbe Eine Handlung sei, und vielmehr, sollte sie sich auch äußerlich als Eine Handlung präsentieren, einen Complex mehrerer Hand-

---

[39]) cf. Köhler a. a. O. 24. Beling: L. v. V. 333 ff. P. Merkel a. a. O. 298. RG. 32, 138.
[40]) cf. Frank § 73 III 3. Köhler a. a. O. 27. RG. 2, 256; 44 223, 227 (229).
[41]) G. S. 32, 212.
[42]) cf. Wachenfeld a. a. O. S. 28. Köhler a. a. O. S. 24.
[43]) G. S. 31, Beil. 106 ff.
[44]) cf. v. Buri S. 106.
[45]) S. 106 a. E./107.

lungen enthalte. Der § 73 geht also davon aus, daß nur eine Handlung mit nur Einer Kausalität Eine Handlung sei, während eine Handlung mit mehreren Kausalitäten als mehrere Handlungen betrachtet werden müßten. Die erstere Handlung ist dann Gegenstand des § 73, während § 74 die letztere Handlung in Betracht zieht". Der Auffassung v. Buris, aus den Worten ‚eine und dieselbe Handlung' folge, daß das Gesetz zwei Arten von Handlungen gegenüberstelle, nämlich eine Handlung, die dieselbe Eine Handlung sei (eine Handlung mit einer Kausalität) und eine Handlung, welche nicht dieselbe sei, sondern einen Komplex mehrerer Handlungen enthalte (eine Handlung mit mehreren Kausalitäten), kann nicht zugestimmt werden; es soll nicht bestritten werden, daß die Folgerung logisch möglich ist, aber diese Folgerung ist nicht logisch zwingend. Ebenso berechtigt ist man, aus den Worten ‚eine und dieselbe Handlung' zu folgern, daß das Gesetz dadurch lediglich eine besondere Hervorhebung der Handlungseinheit erstrebt. Sind aber zwei Auslegungen des Ausdrucks möglich, so dürfte unzweifelhaft derjenigen der Vorzug zu geben sein, die die einfachste Erklärung gibt, es sei denn, daß das Gesetz selbst zu der anderen Auslegung zwänge.[46]) Das wird allerdings von Buri behauptet, indem er drei Argumente für die Richtigkeit seiner Ansicht anführt.

Zunächst bemerkt er, es spreche für die Auslegung die Ueberschrift des V. Abschnitts, weil bei der Annahme, der Gesetzgeber erblicke in einer Handlung mit mehreren Kausalitäten nur eine Handlung, nicht einmal ein entfernter Anklang an mehrere strafbare Handlungen enthalten sei. Diese Folgerung basiert auf der Voraussetzung, daß der Gesetzgeber zwischen beiden Arten von Handlungen unterschiede. Wenn allerdings das Gesetz einen solchen Unterschied zwischen diesen beiden Arten der Handlung träfe, dann könnte man in dem ersten Argument v. Buri's eine Bekräftigung der Behauptung sehen, daß eine Handlung mit mehreren Kausalitäten als Handlungsmehrheit zu werten sei. Keinesfalls folgt aber aus dem Umkehrschluß von Buri's, daß der Gesetzgeber Handlungen mit einer und Handlungen mit mehreren Kausalitäten unterscheidet. Diese Folgerung müßte aber zwingend sein, wenn dieses Argument die Richtigkeit der Behauptung von Buri's beweisen wollte.

Als zweites und Hauptargument für die Richtigkeit seiner Ansicht führt von Buri die Tatsache an, daß § 73 den Fall der sog. gleichartigen Idealkonkurrenz unerwähnt läßt. Er sieht darin eine Lücke des Gesetzes, die sich nur dann als scheinbar erweise, wenn man seiner Ansicht folge, da dann die gleichartige Idealkonkurrenz als Handlung mit mehreren Kausalitäten einen Fall der Realkonkurrenz bilde. Ob die Nichterwähnung der gleichartigen Idealkonkurrenz als Lücke des Gesetzes angesehen werden muß, mag dahingestellt bleiben.

---

[46]) so auch Olshausen a. a. O. zu 73 Anm. 2. cf. Stelling, G. S. 42, 128 ff. Gegen v. Buri auch Hälschner a. a. O. I, 657 N. 1. Binding, Hdb. 1, 579. v.-Liszt-Schmidt: 336 Anm. 2; v. Liszt 3. Aufl. 229 Anm. 1. Frank, § 73 III 1. Schütze, Z. St. W. 3, 64. Hiller, G. S. 32, 200. Bünger, Z. St. W. 8, 698 ff. Ortmann Goltd. A. 35, 33. Heinemann a. a. O. 65 ff. H. Meyer-Allfeld, Lehrb. 8. Aufl. 237. Doerr, Das fortges. Del. 83.

Selbst wenn man aber der Ansicht ist, daß das Gesetz eine solche Lücke enthielte, erweist sich die Theorie v. Buri's zu ihrer Ausfüllung ungeeignet.

Der Auffassung v. Buri's ist entgegenzuhalten, daß der klare Wortlaut des § 74, der den Begriff der Realkonkurrenz festlegt, als Voraussetzung für die in ihm aufgestellten Rechtsfolgen das Vorliegen mehrerer selbständiger Handlungen fordert. Eine Handlung mit mehreren rechtsverletzenden Kausalitäten ist aber lediglich eine Handlung (und nicht mit mehreren Handlungen zu identifizieren), wenn auch eine Handlung von besonderer Art. In Frage kommen könnte lediglich eine analoge Anwendung des § 74. Analogie setzt aber Wesensgleichheit voraus, während doch hier offensichtlich eine Wesensverschiedenheit besteht, wie die Erörterungen über die gleichartige Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz ergeben werden.

Endlich führt v. Buri zur Begründung seiner Ansicht zwei Beispiele an. Er sagt[47], es könne nach § 73, wenn jemand mit einem Schusse vorsätzlich zwei Menschen getötet habe, doch bei der Bestrafung das Maximum des ordentlichen Strafrahmens einer Tötung nicht überschritten werden; ein Ergebnis, das nach v. Buri's Ansicht vermieden wird, wenn man diesen Fall wegen der Mehrheit rechtsverletzender Kausalitäten zur Realkonkurrenz zählen würde. Folgt man v. Buri, so bliebe für den Begriff der Idealkonkurrenz nur der Fall, wo sich „die nämliche, untrennbare, rechtsverletzende Kausalität unter mehrere Paragraphen des Strafgesetzbuchs subsumieren läßt". Als Beispiel hierfür nennt v. Buri die inzestuose Notzucht. Dem kann aber nicht zugestimmt werden, da auch hier eine Mehrheit rechtsverletzender Kausalitäten gegeben ist; denn es liegen hier, wie Hiller[48] treffend bemerkt, mehrere Rechtsverletzungen vor (Verletzung der Geschlechtsehre, Verletzung der sittlichen Bande), und wie v. Buri selbst sagt, erfordern mehrere Rechtsverletzungen auch mehrere voneinander verschiedene Kausalitäten. Der Unterschied gegenüber den Handlungen mit mehreren rechtsverletzenden Kausalitäten, für die v. Buri die Verletzung mehrerer Menschen durch einen Schrotschuß anführt, besteht darin, daß hier die Rechtsverletzungen sichtbar nebeneinanderstehen. Wenn daher v. Buri in dem einheitlichen äußeren Erfolge nur eine Rechtsverletzung sieht, so läßt er die Tatsache außer Acht, daß auch hier mehrere Rechtsverletzungen, wenn auch nicht äußerlich greifbar, so doch ebenso selbständig wie im anderen Fall vorhanden sind.

Fragen wir uns nun, welche Fälle für den Begriff der Idealkonkurrenz übrig bleiben, so kommen wir zu dem Ergebnis, daß sich keine ermitteln lassen; denn nach v. Buri's Auffassung gehören diejenigen zur Idealkonkurrenz, wo sich die nämliche untrennbare Kausalität unter mehrere Paragraphen subsumieren lasse, wo also nur eine Rechtsverletzung gegeben ist (denn mehrere Rechtsverletzungen erfordern ja nach v. Buri mehrere Kausalitäten); das sind aber lediglich die Fälle der später zu behandelnden sog. scheinbaren Konkurrenz.

---

[47]) S. 107.
[48]) a. a. O. 202.

v. Buri sucht nun diese Konsequenz dadurch zu vermeiden, daß er eine Mehrheit konkurrierender Rechtsverletzungen nur dann als gegeben ansieht, wenn der Ueberschuß von konkreten Geschehnissen, der sich bei der Subsumtion des Sachverhalts unter das eine Gesetz ergibt, für sich betrachtet die Merkmale eines ferneren Delikts enthält. Folgt man v. Buri, so wird man bei Vorliegen einer Handlung niemals eine mehrfache „Rechtsverletzung" i. S. v. Buri's feststellen können, denn der Ueberschuß an konkreten Geschehnissen, der sich nach erfolgter Subsumtion der ganzen Handlung unter einen abstrakten Tatbestand ergibt, also ein Teil einer Handlung kann schon begrifflich nicht allein ausreichen zur Erfüllung eines abstrakten Tatbestandes, vielmehr ist eine nochmalige Heranziehung des ganzen Faktums erforderlich. Das zeigt sich besonders deutlich an Fällen, in denen nach v. Buri's Auffassung der Ueberschuß ein selbständiges Verbrechen darstelle, so z. B. bei dem durch Brandstiftung verübten Morde[49]); denn „um die strafrechtliche Existenz jeder der beiden „Rechtsverletzungen" zu ermöglichen . . . muß das gesamte Handlungsmaterial . . . sowohl für das eine wie für das andere Delikt herangezogen werden", da „die Inbrandsetzung der Hütte, in welcher der zu Ermordende schläft . . . hier ebenso den Anfang der Ausführung des Mordes wie den der Brandstiftung" bildet.[50])

Damit dürfte dargelegt sein, daß die Einengung des Begriffes der Rechtsverletzung, wie sie v. Buri vornimmt, nicht berechtigt ist. Infolgedessen muß an unserem Ergebnis, daß die Fälle, wo sich die nämliche untrennbare Kausalität unter mehrere Paragraphen subsumieren lasse, lediglich die der Gesetzeskonkurrenz sind, und daß es daher der Idealkonkurrenz, also dem § 73, an einem Anwendungsgebiet mangele, festgehalten werden.

Eine Auffassung, die zu dieser Konsequenz führt, steht aber im offenbaren Widerspruch zu Sinn und Zweck des Gesetzes. Mag man auch vom Standpunkt der Billigkeit die Möglichkeit einer stärkeren Bestrafung des Täters fordern, das Gesetz gestattet jedenfalls eine zu diesem Zwecke erfolgende Umdeutung einer Handlung mit mehreren Kausalitäten in Handlungsmehrheit nicht. Als ferneres Beispiel nennt v. Buri[51]) folgenden Fall: jemand tötet durch einen Schuß einen Menschen und einen Hund. Er wird wegen der Tötung des Hundes bestraft. Später stellt sich heraus, daß durch den gleichen Schuß ein Mensch getötet wurde; v. Buri behauptet nun, daß die nochmalige Bestrafung des Täters notwendig sei, daß sie sich aber im Falle der Annahme der Idealkonkurrenz bei Vorliegen mehrfacher Kausalitäten als unzulässig erweise. Ebensowenig wie die erste vermag das zweite Beispiel die Richtigkeit der Ansicht v. Buri's darzutun. Die Unzulässigkeit einer nochmaligen Bestrafung gründet v. Buri offenbar auf die Geltung des Satzes: ne bis in idem; denn dieser Satz, für dessen uneingeschränkte Anwendung auch das Reichsgericht in vielen Entscheidungen und die h. M. eintritt[52]) bedarf m. E. dann einer Einschränkung, wenn

---

[49]) cf. Hiller a. a. O. 205.
[50]) Hiller 205. cf. Fuchs, Anklage und Antragsdelikte S. 83.
[51]) S. 107/8.
[52]) cf. RG. 2, 212, 348; 3, 212, 385; 4, 244; 7, 34, 229; 8, 135; 9, 14, 321; 12, 115; 15, 133; 23, 307. Eichhorn G. S. 38, 403.

der Zweck des Satzes es gebietet. Die Zweckmäßigkeit kann bei der Anwendung des Satzes nicht unberücksichtigt bleiben, ja ihr muß die Hauptbedeutung zugesprochen werden, da der Satz ne bis in idem seinen Ursprung nicht im Wesen des Rechts, sondern in der Zweckmäßigkeit hat.[53])

Wie Kohlrausch ausführt,[54]) bezweckt der Satz ein dreifaches:
1) eine Schutzmaßregel für den Angeklagten,
2) eine solche für die öffentliche Rechtssicherheit;
3) soll er die Achtung des Publikums vor der öffentlichen Rechtsprechung wahren.

Entspricht es nun den oben genannten Zwecken des Staates, in dem vorliegenden Fall den Täter wegen der Tötung des Menschen nicht mehr zur Verantwortung zu ziehen? Das ist m. E. zu verneinen. Die erstgenannte Zweckbestimmung soll den Angeklagten vor wiederholten Strafverfolgungen wegen derselben Tat schützen; durch die zweite Zweckbestimmung soll das Publikum vor dem Gedanken bewahrt werden, als könne ein Gericht auf Grund desselben Sachverhaltes heute so, morgen anders entscheiden.[55]) Durch die an dritter Stelle genannte Zweckbestimmung endlich soll eine Minderung der Rechtsautorität vermieden werden. Wenn diese 3 Zweckbestimmungen auch regelmäßig die Anwendung des Satzes ne bis in idem rechtfertigen, sobald ein konkreter Sachverhalt rechtskräftig abgeurteilt ist, so erscheint doch seine Anwendung nicht ausnahmslos geboten. Eine die Zweckbestimmung dieses Satzes berücksichtigende Stellungnahme verbietet es, die Anwendung des Satzes auf solche Fälle gutzuheißen, in denen kein Verschulden des Richters feststellbar ist, insbesondere dann, wenn er, wie in unserem Fall, aus tatsächlichen Gründen verhindert war, den Sachverhalt unter verschiedene Gesetzesbestimmungen zu subsumieren, wenn also dem Gericht erst nach der Aburteilung neue Tatsachen bekannt werden; denn die Anwendung des Satzes entspräche in solchen Fällen weder einem berechtigten Interesse des Angeklagten, noch wäre sie zur Erhaltung der Rechtssicherheit erforderlich; noch weniger aber entspräche sie dem Verlangen nach Rechtsautorität![56])

Kommen wir aber zu dem Ergebnis, daß es in dem von v. Buri angeführten Beispiel zweckmäßig ist, den Satz ne bis in idem nicht anzuwenden, daß es also durchaus zulässig und geboten erscheint, den Täter auch wegen der Tötung des Menschen zur Verantwortung zu ziehen, so entfällt damit die Voraussetzung von der v. Buri ausging, und damit die Beweiskraft seines Argumentes.

Zusammenfassend können wir sagen: da die Argumente, die v. Buri für die Berechtigung seiner Auffassung anführt, nicht in der Lage sind, die Richtigkeit seiner Auffassung darzutun, muß die Behauptung v. Buri's, das Abgrenzungsmerkmal zwischen Handlungseinheit und -mehrheit sei

---

[53]) cf. Kohlrausch, Zur prozessualen Behandlung der Idealkonkurrenz 52. Ullmann: Deutsches Strafprozeßrecht 626. v. Kries: Strafprozeßrecht 593. Bennecke-Beling, Strafprozeßrecht 408 ff.

[54]) cf. S. 59.

[55]) cf. Kohlrausch S. 60.

[56]) cf. Kohlrausch S. 60.

Einheit und Mehrheit feststellbarer Kausalitäten[57]) als unbegründet bezeichnet werden.[58])

B) Wie bereits hervorgehoben, muß das Gesetz die Grundlage für die Festlegung des Begriffes der Handlungsmehrheit bilden (§§ 73/74). Wie für die Frage: was haben wir unter Handlung zu verstehen?, so ist auch für die hier interessierende Frage: was haben wir unter Handlungseinheit zu verstehen?, § 73 die gesetzliche Grundlage.

Aus § 73 hatten wir den Handlungsbegriff, der allein als Begriffsmerkmal der Idealkonkurrenz in Betracht kommen kann, ermittelt. Aus der Definition der Handlung (cf. oben a), ergibt sich nun, daß e i n e Handlung unzweifelhaft vorliegt, wenn e i n gesetzlicher Tatbestand e i n m a l verwirklicht ist.[59])

Nach § 73 muß es aber auch möglich sein, daß durch e i n e Handlung m e h r e r e Gesetze verletzt werden können. Zwischen der Folgerung, die wir aus der Definition der Handlung und aus dem Wortlaut des § 73 ableiteten, besteht mithin ein Widerspruch. Dieser Widerspruch ist aber nur scheinbar, weil sich beide Ergebnisse wohl miteinander vereinigen lassen, was deutlich wird, wenn wir im § 73 das Wort: Handlung durch die Definition ersetzen. So umgeformt lautet § 73: wenn die Gesamtheit der Willensakte, die zur Realisierung e i n e s abstrakten Tatbestandes dienlich sind, mehrere Gesetze verletzt. . . .

Daraus ergibt sich, daß H a n d l u n g s e i n h e i t im Sinne des § 73 dann vorliegt, wenn derjenige Komplex von motivierten Willensakten, bzw. derjenige einzelne Willensakt, der zur Realisierung eines abstrakten Tatbestandes dient, z u g l e i c h zur Verwirklichung eines oder mehrerer anderer dienlich ist.[60])

H a n d l u n g s m e h r h e i t dagegen liegt dann vor, wenn mehrere Willensakte (einschließlich der durch sie verursachten Erfolge) oder mehrere Komplexe von solchen Willensakten gegeben sind, von denen j e d e r Willensakt bzw. j e d e r K o m p l e x als einzelner betrachtet, zur Realisierung eines b e s o n d e r e n Gesetzes dient.

2. Mehrheit der Gesetzesverletzung.

Das zweite Begriffsmerkmal der Idealkonkurrenz ist die Mehrheit der Gesetzesverletzung. Da wir den Begriff der Gesetzesverletzung bereits erläutert haben, braucht an dieser Stelle nicht nochmals darauf eingegangen zu werden; eine Verweisung auf die Ausführungen im Teil I Kap. I mag daher genügen, woraus sich ergibt, daß eine mehrfache Gesetzesverletzung dann vorliegt, wenn mehrere Tatbestände verwirklicht sind, die bei der Schuldigsprechung d. h. bei der Ermittlung des Unrechts- und Schuldwertes sämtlich angewendet werden müssen, da sie gleichberechtigt sind, und da ohne ihre Beachtung nicht sämtliche rechtlich relevanten Eigenschaften des konkreten Geschehnisses im Urteil zum Ausdruck gebracht werden können.

---

57) cf. Buri 107.

58) Im Ergebnis übereinstimmend Baumgarten, Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz S. 24.

59) cf. Köhler: a. a. O. S. 23.

60) cf. P. Merkel: a. a. O. S. 295. Janka: Das österr. Strafrecht 155.

Was bedeutet nun Verletzung mehrerer Gesetze? Müssen es verschiedene Gesetzesbestimmungen sein oder genügt mehrfache Verletzung der gleichen? Die Antwort ergibt sich aus dem Gesetz. In § 74 wird der Begehung mehrerer Verbrechen die mehrfache Begehung desselben Verbrechens gegenübergestellt; m. a. W. es wird unterschieden zwischen mehreren Gesetzesverletzungen und mehrfacher Verletzung desselben Gesetzes. Wenn also § 73 nur von der Verletzung mehrerer Gesetze spricht, so ist darunter die Verletzung mehrerer verschiedener Gesetzesbestimmungen zu verstehen.

Da wir aber den Begriff der Idealkonkurrenz aus dem Gesetz, nämlich aus § 73 ableiteten, müssen wir auch diese Einschränkung des Begriffes, die durch ihn geboten ist, vornehmen, d. h. unter mehreren Gesetzen sind mehrere verschiedene Gesetzesbestimmungen zu verstehen.[61])

3. Das Wesen der Idealkonkurrenz.

Aus dem Begriff der Idealkonkurrenz ist das Wesen der Idealkonkurrenz leicht erkennbar: es besteht einerseits darin, daß nicht nur die Tatbestände mehrerer Gesetzesbestimmungen erfüllt, sondern daß sie auch verletzt sind; d. h. sie stehen, wenn man sie als Bestandteile der Rechtsordnung betrachtet und sie zu diesem Zwecke sowohl zueinander als auch zu dem konkreten Sachverhalt in Beziehung setzt, gleichwertig gegenüber.[62])

Sie müssen sämtlich zur rechtlichen Wertung des Falles herangezogen werden, um eine der Rechtsordnung entsprechende Beurteilung des Falles zu erreichen. Andererseits muß die mehrfache Rechtsverletzung durch eine und dieselbe Handlung geschehen, was, — wie wir eingehend dargelegt haben, — nichts anderes bedeutet als daß die Gesamtheit der Willensakte, die zur Realisierung eines abstrakten Tatbestandes dienlich war, zugleich die Tatbestandselemente einer anderen Gesetzesbestimmung erfüllt.[63])

Daraus ergibt sich, daß von der Idealkonkurrenz einerseits alle Fälle des Zusammentreffens mehrerer Gesetzesbestimmungen zu trennen sind, bei denen zwar ebenfalls eine Handlung vorliegt, durch die mehrere Tatbestände erfüllt sind, bei denen aber nur eine mehrfache Tatbestandsverwirklichung

---

[61]) Uebereinst. Meyer-Allfeld 237; 231; 292. v. Wächter: a. a. O. 291. Frank: 73 III. Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht 161.

[62]) cf. Gerland: a. a. O. 162, II, 1.

[63]) Bemerkt sei jedoch, daß allerdings nicht sämtliche Bestandteile des Faktums von beiden Gesetzesbestimmungen zugleich erfaßt werden, daß vielmehr stets ein Ueberschuß von Handlungsbestandteilen vorhanden sein wird. Andererseits ist das Verhältnis von Sachverhalt zu den verwirklichten Tatbeständen nicht etwa so geartet, daß der eine Teil des Faktums von dem einen, der andere Teil von dem anderen der in Betracht kommenden Tatbestände erfaßt wird; sondern die Gesetzesbestimmungen verhalten sich zu dem Faktum wie zwei einander schneidende Kreise, d. h. sie erfassen beide zugleich einen Teil des Faktums, der mit einem weiteren Teil des Faktums den Tatbestand A, mit dem anderen den Tatbestand B bildet.
cf. Coenders: Idealkonkurrenz S. 18.

und nicht, wie bei der Idealkonkurrenz eine mehrfache Gesetzesverletzung feststellbar ist. Das sind die Fälle der sog. Gesetzeskonkurrenz. Sodann sind von der Idealkonkurrenz zu trennen die Fälle, bei denen zwar ebenfalls mehrere Gesetzesverletzungen feststellbar sind, die aber im Gegensatz zur Idealkonkurrenz nicht durch eine und dieselbe Handlung, sondern durch mehrere (selbständige) Handlungen verwirklicht werden.

Das sind die Fälle der Realkonkurrenz, des fortgesetzten Verbrechens und des Kollektivdelikts.

Aus der Erkenntnis, daß für die Idealkonkurrenz Mehrheit verletzter Gesetze wesentlich ist, ergibt sich ihre systematische Stellung. Die Idealkonkurrenz bildet einen Unterfall der Gruppe: „Konkurrenzformen bei Mehrheit der Gesetzesverletzung“. Ist man sich auch einig darüber, daß für das Vorliegen von Idealkonkurrenz eine mehrfache Gesetzesverletzung unerläßlich ist, so begegnen wir in der Literatur einander durchaus widersprechenden Auffassungen bei der Frage, wie diese mehrfache Gesetzesverletzung durch eine Handlung zu werten sei. Ein Teil der Schriftsteller ist der Ansicht, daß trotz Mehrheit der verletzten Gesetze doch nur ein Verbrechen vorliege und betrachtet die Idealkonkurrenz als reine Gesetzeskonkurrenz.[64])

Im Gegensatz hierzu erblickt ein anderer Teil der Literatur in der Idealkonkurrenz eine Konkurrenz mehrerer Delikte und wertet sie daher als Verbrechenskonkurrenz.[65]) Von anderer Seite wird eine Wertung als Gesetzes- wie als Verbrechenskonkurrenz für möglich gehalten.[66])

Der Streit über die Natur der Idealkonkurrenz ist durchaus nicht müßig, wie Gerland a. a. O. S. 161 Anm. 3 meint; denn je nachdem ob man die Idealkonkurrenz als Verbrechens- oder reine Gesetzeskonkurrenz betrachtet, muß die Schuldigsprechung sich auf sämtliche oder nur auf ein Gesetz beziehen.

---

[64]) cf. Heinemann: a. a. O. S. 2, 89; ferner die Zusammenstellung bei: Hiller, Grünh. Z. 13, 126 ff. Hiller, G. S. 32, 195 ff. 234/5. Bünger, Z. St. W. 8, 695 ff., 703. Wachenfeld a. a. O. S. 57 ff. Wachenfeld, Lehrb. 103. Ortloff, Goltd. Arch. 32, 418. Ortloff, Bl. f. Rpf. i. Th. 42, 209—10. Rathenau, Fortges. Verbr. S. 72. Rathenau, G. S. 56, 84. v. Liszt-Schm. § 56 S. 342/3. Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1, 159 ff. Baumgarten, Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 52. Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. Recht und im Zivilproz., 47 ff. (50); van Calker, Strafrecht, 85.

[65]) cf. Merkel, Vergl. Darst. A. T. V., 287, 302, 321. Feuerbach, Lehrb. d. peinl. Rechts § 126/7 S. 211 ff. Feuerbach, Revision d. Grds. u. Grdbegr. d. pos. peinl. R. I, 336/37. Dabelow, Lehrb. d. gemeinen peinl. R. 106/07. Salchow, Lehrb. d. peinl. R. § 137, S. 108/109. Ziegler, Theorie der Strafschärfung S. 88. Henke, Lehrb. des Kriminalrechts und der Kriminalistik Bd. 1, S. 610 ff. Binding, Hdb. I, 575. Köhler, Strafr. 558. Köhler, Grenzl. 35, 45. Meyer-Allfeld 237/8. Freudenthal, Notwendige Teilnahme 56. Stürenberg, Die Bestrafung konkurrierender Verbrechen S. 5 ff. Lobe: a. a. O. Vorb. V. Abschn. v. Bar a. a. O. 525. Kohler, Strafrecht 84. Coenders, Idealkonkurrenz 14. Ad. Merkel, Lehrb 265, 268.

[66]) cf. M. E. Mayer 507. Beling, L. v. V. 382/3.

Die Vertreter der Ansicht, daß Idealkonkurrenz Gesetzeskonkurrenz sei, begründen ihren Standpunkt meist in der Weise, daß sie das Verbrechen als Handlung definieren und zwar entweder ausdrücklich als strafbare Handlung (Heinemann a. a. O. S. 60) oder, wenn sie auch dieses Attribut nicht erwähnen, so ist es offenbar, daß sie mit Handlung nur die strafbare meinen. Wenn sie daraus folgern, daß grundsätzlich ein Verbrechen eine Handlung sei und mehrere Verbrechen mehrer mehrere Handlungen[67]) so ist dagegen nichts einzuwenden. Ebenso ist gegen den Satz, es könne eine Handlung nicht mehrere Handlungen sein, nichts zu sagen; denn er enthält den selbstverständlichen Gedanken, daß eine strafbare Handlung eben nur eine strafbare Handlung sein könne. Erscheint der Satz aber in der Formulierung, es könne eine Handlung nicht mehrere strafbare Handlungen sein,[68]) so ist das nicht nur ein logischer Fehler, der auf der Identifizierung von Handlung und strafbarer Handlung beruht, sondern ein Widerspruch zum Gesetz; denn die systematische Stellung des § 73 ergibt, daß nach Auffassung des Gesetzes eine „Handlung" mehrere „strafbare Handlungen" darstellen kann.[69])

Der Widerspruch ist wiederum allein erklärlich daraus, daß mit einem außerstrafrechtlichen Handlungsbegriff gearbeitet wird. Denn definiert man „eine und dieselbe Handlung" als Gesamtheit der Willensakte, die zur Realisierung eines Tatbestandes d i e n l i c h sind, aber zugleich einen anderen Tatbestand verwirklichen, so ist unschwer zu erkennen, daß dem Faktum als „Handlung" im juristischen Sinne die rechtliche Bewertung als strafbare Handlung gegenübergestellt werden kann, (nämlich, wenn die „Handlung" eine Gesetzes v e r l e t z u n g darstellt), und zwar wegen der mehrfachen rechtlichen Bedeutung als „Mehrheit strafbarer Handlungen." Diese Auffassung deckt sich auch durchaus mit der des Sprachgebrauchs. Treffend bemerkt Coenders:[70]) „Wenn etwa ein Jurist durch eine geschickte Ausführung einen Prozeß gewinnt und zugleich mit ihr eine schwierige wissenschaftliche Frage löst, so wird man ihm nicht etwa nach Art des § 73 den einen Erfolg absprechen, weil er ihn in „Tateinheit" mit dem anderen erreicht habe. Er wird die Anerkennung beider Taten finden". Nun wird allerdings von den Anhängern der hier bekämpften Lehre behauptet, daß zwischen ihrer Auffassung und dem Gesetze durchaus kein Widerspruch bestände, ja umgekehrt es stände die Ansicht, Idealkonkurrenz sei Verbrechenskonkurrenz im Widerspruch mit dem Gesetz, d. h. mit § 73 St. G. B.; denn in § 73 l. c. sei nicht von einem Zusammentreffen mehrerer Verbrechen die Rede, wohl aber von einem solchen mehrerer verletzter Strafgesetze.[71]) Demgegenüber ist zu bemerken: betrachtet man den Wortlaut des § 73 losgelöst von der systematischen Stellung der Vorschrift, so läßt sich zwar die Folge ableiten, daß hier nicht von einer Mehrheit von Straftaten gesprochen werden könne, da § 73 lediglich von mehrfacher Gesetzesverletzung spricht.[72])

[67]) cf. v. Liszt: a. a. O. § 54, 335/6. Höpfner: a. a. O. §§ 12, 14 ff. 159 ff.

[68]) Heinemann: a. a. O. 71.

[69]) cf. Köhler, Grenzlinien 45. Olshausen, Kommentar z. StGB. § 73, N. 11. Frank a. a. O. 73, I. Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch, 13. Aufl. § 73, 4.

[70]) Idealkonkurrenz 41.

[71]) So v. Liszt a. a. O. 343.

[72]) Heinemann a. a. O. 81.

Zwingend ist diese Folge aber keinesfalls.[73]) Beachtet man aber, daß § 73 l. c. in dem V. Abschnitt des St. G. B. steht, der die Ueberschrift „Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen" trägt, so dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß diese systematische Stellung berücksichtigt werden muß; d. h. das Gesetz will im § 73 l. c. einen Fall des Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen regeln.[74]) Berücksichtigt man dies, dann dürfte offensichtlich sein, daß die Worte „Wenn eine . . . Handlung mehrere Strafgesetze verletzt" gleichbedeutend sind mit der Formulierung: wenn eine Handlung mehrere strafbare Handlungen darstellt, und dies umsomehr als die eben genannte Folgerung, die sich aus der isolierten Betrachtung des § 73 l. c. ziehen läßt, durchaus nicht zwingend war. Die sich aus der systematischen Betrachtung des § 73 l. c. ergebende Notwendigkeit des Vorliegens mehrerer strafbarer Handlungen suchen die Anhänger der hier bekämpften Anschauung dadurch zu widerlegen, daß sie auf die Entstehungsgeschichte der Gesetzesbestimmung zurückgehen. Aus der Betrachtung der Geschichte ergibt sich zwar, daß sich das Strafgesetzbuch in der Definition der Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz dem preußischen Strafgesetzbuch von 1851 anschließt, indem § 73 St. G. B. dem § 55 und § 74 St. G. B. dem § 56 des Preuß. St. G. B. und die Ueberschrift des V. Abschnitts der des V. Titels des Preuß. St. G. B. ähnelt. Damit ist aber keinesfalls bewiesen, daß nach Auffassung des Preuß. St. G. B. die Idealkonkurrenz keine Mehrheit von strafbaren Handlungen darstellt, insbesondere nicht dadurch, daß § 55 Preuß. St. G. B. vom 14. April 1851 lautet: „Wenn eine und dieselbe Handlung die Merkmale mehrerer Verbrechen oder Vergehen in sich vereinigt", und § 56 formuliert ist: „Gegen denjenigen, welcher durch verschiedene selbständige Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen begangen hat . . .", denn die isolierte Betrachtung läßt zwar — wie beim geltenden Strafgesetzbuch — die Auffassung der Idealkonkurrenz als Gesetzeskonkurrenz zu, die systematische Betrachtung dagegen verbietet genau wie nach geltendem Recht diese Auffassung; denn die Ueberschrift des V. Titels lautet entsprechend: „vom Zusammentreffen mehrerer Verbrechen und vom Rückfall." Daß diese Ueberschrift nicht außer Acht gelassen werden darf, erhellt umsomehr aber daraus, daß sie an Stelle der früheren Fassung getreten ist, die lautete: „Uebertretung mehrerer Strafgesetze".[75])

Im Gegensatz zu der eben kritisierten Beurteilung der Idealkonkurrenz sieht die überwiegende Meinung in der Idealkonkurrenz einen Fall von Verbrechenskonkurrenz. Verbrechen ist auch für sie strafbare Handlung. Läßt aber das Ergebnis isolierter Betrachtung einer Vorschrift mehrfache Auslegungsmöglichkeiten zu, so kann nur die dem Sinn des Gesetzes entsprechen, die sich mit dem Ergebnis systematischer Betrachtungsweise vereinbaren läßt; m. a. W. die Auffassung der Idealkonkurrenz als Fall bloßer Gesetzeskonkurrenz ist rechtlich nicht haltbar. Die systematische Stellung des § 73 l. c. verlangt vielmehr die Betrachtung der Idealkonkurrenz als einen

---

[73]) P. Merkel a. a. O. 272/3.
[74]) So auch RG. 62, 87.
[75]) a. A. Heinemann a. a. O. 50/52.
[76]) cf. Binding Hdb. 572 ff.

Fall des Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen,[76]) Delikte, wobei unter „strafbarer Handlung" die rechtliche Bedeutung der „Handlung im juristischen Sinn" zu verstehen ist oder wie man auch sagen kann, „die willkürliche, rechtswidrige und schuldhafte Verwirklichung eines gesetzlich mit Strafe bedrohten, unabhängigen Tatbestandes"[77]). Da aber „strafbare Handlung" unbestreitbar mit Verbrechen zu identifizieren ist, so kommen wir zu dem Ergebnis, daß die Idealkonkurrenz eine Konkurrenz mehrerer Verbrechen darstellt, eine Auffassung, die allein mit dem Gesetz vereinbar ist und die auch allein geeignet ist, zu einem brauchbaren Resultat zu führen.

II. Der für die Bewertung der Idealkonkurrenz maßgebliche Grundsatz.

Die Erörterungen unter I, 3 hatten ergeben, daß die Idealkonkurrenz einen Fall der Verbrechensmehrheit darstellt und nicht, wie vielfach angenommen wird, einen Fall bloßer Gesetzeskonkurrenz bildet. Mit der Erkenntnis, daß die Idealkonkurrenz einen Fall der Verbrechensmehrheit darstellt, ist auch der für diese Konkurrenzform maßgebliche Bewertungsgrundsatz gewonnen:

> Die Schuldigsprechung muß in den Fällen der Idealkonkurrenz auf Grund sämtlicher verletzten Gesetze erfolgen,

und das mit Recht; denn die Tatsache, daß sich das Verhalten des Täters als Verbrechensmehrheit erweist, muß im Urteil berücksichtigt werden.[78]) Daß in den Fällen der Idealkonkurrenz der Täter auf Grund sämtlicher verletzten Gesetze schuldig gesprochen werden muß, fordert auch die h. M., obgleich sie die Idealkonkurrenz als Fall der Verbrecheneinheit (bloße Gesetzeskonkurrenz) und nicht, wie wir, als Fall der Verbrechensmehrheit wertet,[79]) worin eine offensichtliche Inkonsequenz liegt; denn da sie die Idealkonkurrenz als Fall der Verbrecheneinheit betrachten, würde der Täter, obgleich er ein Verbrechen begangen hat, wegen mehrerer schuldig gesprochen werden müssen. Diese Inkonsequenz vermeidet Heinemann in logischer Durchführung seiner Auffassung[81]), der gerade deshalb, weil die Idealkonkurrenz nach seiner Auffassung ein Fall der Verbrecheneinheit ist, die allgemein geforderte Schuldigsprechung wegen sämtlicher verletzten Gesetze verwirft, und zwar von seinem Standpunkt aus mit Recht.

III. Arten der Idealkonkurrenz?

In der Literatur ist es vielfach üblich, zwei Erscheinungsformen der Idealkonkurrenz einander gegenüberzustellen: gleichartige : ungleichartige, je nachdem, ob durch die eine Handlung mehrfach dasselbe oder mehrere

---

77) P. Merkel a. a. O. 272.
78) cf. Frank a. a. O. § 73 V. RG. 18, 195. RG. 61, 91, 112. RG. 27, 86.
79) cf. Wachenfeld, Lehrb. 266/7. Höpfner, 2, 72 ff 73. Baumgarten, Die Idealkonkurrenz 96. v. Liszt-Schm. § 56 III, S. 344/5. M. E. Mayer, 508.
80) Heinemann a. a. O. S. 95.

verschiedene Gesetze verletzt worden sind.[82]) Ob es logisch berechtigt ist, die gleichartige Idealkonkurrenz als Erscheinungsform der Idealkonkurrenz zu bezeichnen, also die Idealkonkurrenz als Oberbegriff zu betrachten, ist eine Frage terminologischer Art, auf die hier nicht eingegangen zu werden braucht; denn definiert man die Idealkonkurrenz im Anschluß an § 73 als Verletzung mehrerer verschiedener Gesetzesbestimmungen durch eine Handlung, so ist es ohne weiteres klar, daß dadurch nur der Fall der sog. ungleichartigen Gesetzeskonkurrenz getroffen wird (ohne daß aber die Möglichkeit einer Wesensgleichheit berührt wird), während bei der Definition: Idealkonkurrenz = Verletzung mehrerer Gesetze die Scheidung der Idealkonkurrenz in gleichartige und ungleichartige logisch durchaus berechtigt ist. Fraglich kann daher nur sein, ob die Fälle, die allgemein als gleichartige Idealkonkurrenz bezeichnet werden, eine mehrfache Gesetzesverletzung und damit eine Mehrheit von strafbaren Handlungen, also Verbrechen darstellen. Das wird von einer größeren Zahl von Schriftstellern verneint, und zwar je nach ihrer Auffassung von der Rechtsnatur der Idealkonkurrenz als Verbrechens- oder Gesetzeskonkurrenz, mit der Begründung, es liege im Falle der gleichartigen Idealkonkurrenz keine Verbrechenskonkurrenz vor[83]), oder es sei keine Gesetzeskonkurrenz feststellbar[84]). Da eine Verbrechensmehrheit eine Mehrheit verletzter Gesetze voraussetzt und unserer Auffassung nach also bei Vorliegen einer Mehrheit verletzter Gesetze auch eine Mehrheit von Verbrechen anzunehmen ist, kann sich unsere Untersuchung darauf beschränken, ob in den Fällen der sogen. gleichartigen Idealkonkurrenz eine Mehrheit verletzter Gesetze gegeben ist.

Das ist zu verneinen. Der Darlegung Wachenfelds kann allerdings nicht gefolgt werden, wenn er das Vorliegen einer Gesetzeskonkurrenz damit verneint, daß im Falle der sog. gleichartigen Idealkonkurrenz das anzuwendende Gesetz von vornherein gegeben sei. Richtig daran ist, daß nur ein anzuwendendes Gesetz vorhanden ist; damit ist aber noch nicht bewiesen, daß die nur einmalige Anwendung des Gesetzes den Sachverhalt

---

[81]) Da der Fall der gleichartigen Idealkonkurrenz im Gesetz nicht erwähnt, aber mit der ungleichartigen Idealkonkurrenz wesensgleich sei, sei analoge Anwendung des § 73 geboten; so Olsh. a. a. O. § 73 N. 16. Lobe: a. a. O. 1 zu § 73. Binding: Hdb. 1, 231, 578. Frank: a. a. O. 73 III, 3. v. Bar a. a. O. 3, 524. Geyer, 1, 188. Hälschner, Das gemeine Deutsche Strafrecht 1, 683. Ad. Merkel, H. H. 2, 581; 4, 84; 4, 227. H. Meyer, 5. Aufl. 438, anders M.-Allfeld a. a. O. 231 Anm. 6. RG. 2, 226; 44, 223; 62,89. Höpfner a. a. O. 2, 93, der Frage der Anal. für unerheblich erklärt. Bünger, Z. St. W. 8, 716. Wächter a. a. O. 291. Hiller, G. S. 32, 207.

[82]) Demgegenüber vertritt enin anderer Teil der Literatur die Auffassung, daß die gleichartige Idealkonkurrenz aus der Lehre von der Konkurrenz ausscheiden müsse, da sie weder Gesetzes- noch Verbrechenskonkurrenz sei, so Gerland a. a. O. 161. M. E. Mayer, Lehrbuch, 507. Meyer-Allfeld, a. a. O., 8. Aufl. 231 Anm. 6. v. Liszt a. a. O. 342, N. 1. Ziehbarth, Forstrecht 359. Ortloff, G. A. 32, 425.

[83]) So M. E. Mayer a. a. O. 507. Meyer-Allfeld a. a. O. 8. Aufl. 1922, 231, Anm. 6. Coenders Grdbegr. 302. Beling L. v. V. 324.

[84]) cf. Gerland a. a. O. 161. Wachenfeld 75. Heinemann a. a. O. 89. v. Liszt-Schm. a. a. O. 342 endlich M. E. Mayer a. a. O. 507.

voll erfaßt, ein Beweis, der aber erst erbracht werden müßte, wenn man in der gleichartigen Idealkonkurrenz nur eine einmalige Gesetzesverletzung sehen dürfte.[85]) Ebenfalls entbehrt des zureichenden Grundes die Beweisführung Heinemanns[86]), wenn er sagt, es handle sich nur um ein einheitliches Delikt, das seinem ganzen strafrechtlichen Gehalt nach unter einen Strafparagraphen subsummiert werden könne.

Coenders[87]) dagegen bemerkt treffend: weil die Strafgesetze lediglich die Klasse des Rechtsguts und kein individuelles Rechtsgut bezeichnen und nur die Art des Anschlages bestimmen, um die Voraussetzungen der Vollstreckung ihrer Befehle festzulegen, und weil für sie Maß und Zahl der angegriffenen Gegenstände kein Gewicht haben, habe derjenige, der in derselben Situation mehrere Menschen beleidige, nur ein Delikt begangen. Dieser Auffassung möchte ich zustimmen; denn ein Blick in das Gesetz zeigt deutlich, daß das Rechtsgut nicht zahlenmäßig bestimmt ist, und zwar auch dort, wo das Wort „eine" gebraucht wird, wie in § 242 StGB., der es offensichtlich als unbestimmten Artikel und nicht als Zahlwort verwendet, sodaß die Frage: Einheit oder Mehrheit der Gesetzesverletzung nicht davon abhängen kann, ob durch eine und dieselbe Handlung dasselbe (konkrete) Rechtsgut einmal oder zweimal verletzt worden ist, sondern lediglich davon, ob mehrere verschiedene (abstrakte) Rechtsgüter verletzt worden sind oder nicht.[88])

Diese Auffassung entspricht auch durchaus dem allgemeinen Rechtsempfinden. Wohl niemand käme auf den Gedanken, vom Vorliegen von 10 Diebstählen zu sprechen, wenn der Dieb mit einem Griff 10 Stücke entwendet hat.

Mit Beling[89]) können wir sagen: „Während letztere (d. h. die ungleichartige Idealkonkurrenz) eine Doppelsubsumtion unter verschiedene

[85]) cf. Wachenfeld, Lehrbuch, 104. Aehnlich Ad. Merkel, Lehrbuch 1. Aufl. 268.

[86]) Heinemann a. a. O. 89.

[87]) Grdbegr. 302.

[88]) Jedoch ist zu beachten: In den Fällen, wo ein Rechtsgut durch eine Gesetzesbestimmung nur als abstraktes (besser als generelles) geschützt wird, cf. §§ 88, 216 St. G. B. gilt der Satz unbeschränkt. Wird es jedoch, wie meist, als generelles und als spezielles geschützt, so ist erforderlich, daß den verschiedenen generellen (abstrakten) R.-gütern auch verschiedene spezielle (konkrete) entsprechen. Beispiel: Wer seinen Vater tötet, hat sowohl den Tatbestand des § 212, wie den des § 215 St. G. B. verwirklicht. Verschiedenheit der generellen (abstrakten) Rechtsgüter liegt vor, aber der Verschiedenheit der abstrakten Rechtsgüter entspricht nicht eine Verschiedenheit der konkreten, speziellen Rechtsgüter; es ist nur eins vorhanden: Leben des Aszendenten. (cf. unten S. 80.) Es liegt also nur eine Rechtsverletzung vor. Der Grund für diese Einschränkung liegt auf der Hand. Er ergibt sich aus dem Begriff der Gesetzesverletzung: Ein Gesetz ist verletzt, wenn seine Anwendung zur rechtlichen Würdigung des Falles erforderlich ist. Betrachten wir das eben angeführte Beispiel, so ergibt sich, daß die Anwendung des § 215 die Verletzung des Rechtsgutes „Leben eines Aszendenten" zugl. die Verletzung des Rechtsgutes „Leben" (212) umfaßt.

[89]) L. v. V. 324.

Typen darstellt, ist erstere eine einfache typische Handlung, ausgezeichnet nur durch eine Verstärkung der konkreten Momente, die aber garnicht den Verbrechensbegriff, sondern die quantitative Bedeutung der Tat betrifft."

Wir kommen daher zu dem Ergebnis:

Im Falle der gleichartigen Idealkonkurrenz liegt zwar eine Mehrheit von Tatbestandsverwirklichungen vor, aber keine Mehrheit verletzter Gesetze.

Infolgedessen kann die gleichartige Idealkonkurrenz auch nicht als Unterfall der Idealkonkurrenz bezeichnet werden, wie es auch der hier zugrunde gelegten Definition entspricht. Die Idealkonkurrenz weist daher nur eine Erscheinungsform auf, die ungleichartige.[90])

§ 2: Die Realkonkurrenz.

I) Begriff und Wesen.

Realkonkurrenz liegt vor, wenn jemand durch mehrere selbständige Handlungen mehrere verschiedene oder mehrfach dieselbe strafbare Handlung begangen hat, derzufolge er in einer gerichtlichen Verhandlung zur Verantwortung gezogen wird[91]) (vgl. §§ 74 ff. StGB.)[92]). In der Definition der Realkonkurrenz als Konkurrenz strafbarer Handlungen liegt, daß sie nicht nur eine Konkurrenz von „Verbrechen" und „Vergehen" sein kann (74), sondern auch eine solche von „Uebertretungen" mit Uebertretungen oder

---

[90]) Abweichend von der hier vertretenen Auffassung nehmen Realkonkurrenz an: v. Buri a. a. O. 108 (cf. oben S. 29). Sauer a. a. O. 498/9. Ph. Mayer G. S. 74, 362 ff. Ph. Mayer Arch. Mil. R. 3, 11, eine Auffassung der nicht zugestimmt werden kann, da Realkonkurrenz im S. v. § 74 sowohl Mehrheit der Handlung als auch Mehrheit verletzter Gesetze voraussetzt, während es an beiden im Falle der gleichartigen Idealkonkurrenz fehlt. Ob es de lege ferenda zu billigen ist, mag unerörtert bleiben; de lege lata ist es jedenfalls unzulässig.

[91]) cf. M. E. Mayer a. a. O. 511.

[92]) Meist wird die Definition dahin erweitert, daß auch dann von Realkonkurrenz gesprochen wird, wenn der Täter zwar nicht in einer Verhandlung zur Verantwortung gezogen wird, sondern in mehreren, aber, objektiv betrachtet, die Möglichkeit einer gleichzeitigen Verhandlung bestanden hat, d. h. wenn eine Verurteilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgt, welche vor der früheren Verurteilung begangen war und die auf Grund dieser Verhandlung erkannte Strafe weder verbüßt, noch verjährt noch erlassen ist cf. § 79 StGB. Dieser erweiterte Begriff beruht auf der Außerachtlassung der Unterscheidung zwischen Konkurrenz bei der Schuldigsprechung und bei der Strafzumessung; denn eine Betrachtung der Gesetzesbestimmung, die die Veranlassung für jene erweiterte Definition gibt — § 79 StGB. — zeigt deutlich, daß sie sich genau wie die §§ 73, 74 StGB. lediglich auf die Strafzumessung beziehen.

Eine Konkurrenz bei der Schuldigsprechung liegt in einem solchen Fall überhaupt nicht vor, denn es besteht, da nur jedesmal eine Gesetzesverletzung vorliegt, durchaus kein Zweifel darüber, auf welches Gesetz die Schuldigsprechung zu stützen ist.

mit Vergehen und Verbrechen, was deutlich aus der Betrachtung des § 77 Abs. I und II hervorgeht.[93])

Aus der Definition ergeben sich folgende Begriffsmerkmale:

1) Mehrheit selbständiger Handlungen,
2) Mehrheit verletzter Gesetze,
3) Gleichzeitige Aburteilung.

1) Mehrheit selbständiger Handlungen.

Daß § 74 das Wort Handlung in dem gleichen Sinn gebraucht wie § 73, haben wir bereits bei der Erörterung der Begriffsmerkmale der Idealkonkurrenz dargelegt.[94])

Ebenfalls haben wir bereits festgestellt, was unter dem Begriff Handlungsmehrheit zu verstehen ist. Es sei deshalb auf das Ergebnis der Erörterungen über die Abgrenzung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit hingewiesen,[95]) wonach Handlungsmehrheit dann gegeben ist, wenn verschiedene Willensakte oder Komplexe von solchen feststellbar sind, die jeder für sich zur Realisierung eines abstrakten Tatbestandes dienlich sind

§ 74 lautet nun aber nicht: Gegen denjenigen, der durch mehrere Handlungen . . . ., sondern: Gegen denjenigen, welcher durch mehrere *selbständige* Handlungen mehrere Verbrechen begangen hat . . . . Es entsteht daher die Frage: Was bedeuten die Worte „mehrere selbständige Handlungen“?

Naheliegend wäre es, aus der Formulierung des Gesetzes bei isolierter Betrachtung des § 74 zu folgern, daß das Gesetz dadurch den Gegensatz: „selbständige Handlungen — unselbständige Handlungen“ habe betonen wollen.[96]) Berücksichtigt man aber die systematische Stellung des § 74, vergleicht man den Wortlaut des § 73 mit dem des § 74, so ist unverkennbar, daß das Gesetz die Wendung: mehrere selbständige Handlungen in Gegensatz zu dem Ausdruck: eine und dieselbe Handlung (§ 73) stellt.[97]) Vergegenwärtigt man sich nun, daß eine Mehrheit von Handlungen im Sinne des Gesetzes dann vorliegt, wenn mehrere Willensakte oder Komplexe von solchen feststellbar sind, die *jeder für sich* zur Realisierung eines abstrakten Tatbestandes dienen, während eine Begehung von strafbaren Handlungen durch eine und dieselbe Handlung dann vorlag, wenn *ein* Willensakt oder ein Komplex von solchen feststellbar ist, der zur Realisierung eines Tatbestandes dienlich ist, aber *zugleich* einen anderen abstrakten Tatbestand verwirklicht, so ergibt sich, daß der Unterschied zwischen den Worten: *eine und dieselbe* Handlung und den Worten: *mehrere selbständige* Handlungen darin besteht, daß bei jenen mehrere Tatbestandsverwirklichungen feststellbar sind, die mindestens einen Teil des Faktums gemeinsam haben, während bei letzteren Tatbestandsverwirklichungen vorliegen, die voneinander unabhängige Fakta aufweisen. Der Zusatz „selbständige“ betont für die mehreren Hand-

---

[93]) cf. P. Merkel: a. a. O. 303, Anm. 2.
[94]) cf. Kap. II, § 1, I, 1, a, aa.
[95]) cf. Kap. II, § 1 a, I, 1 b.
[96]) cf. Höpfner a. a. O. 2, 40/1. Ratzlaff, D.J.Z. 1904, 1163 ff., Unselbständige Handlungen.
[97]) cf. Olsh. a. a. O. § 74 N. 6. Olsh. a. a. O. § 73 N. 1.

lungen die getrennte, in sich abgeschlossene Beschaffenheit der einen gegenüber der anderen.[98])

Unschwer erkennt man nunmehr, daß die Hinzufügung des Wortes „selbständig" im § 74 den Worten „und dieselbe" des § 73 entspricht, daß also in dem einen wie in dem anderen Falle lediglich eine besondere Betonung des Wortes Handlung bezweckt ist, um den Unterschied in den Voraussetzungen für die Anwendung beider Gesetzesbestimmungen deutlicher hervortreten zu lassen: Handlungseinheit — Handlungsmehrheit! Demgegenüber erscheinen mir die Versuche, aus den Worten: mehrere selbständige Handlungen im Gegensatz zu: mehreren Handlungen einen besonderen Sinn abzuleiten, verfehlt,[99]) denn der Zusatz selbständige sagt nichts, was nicht bereits durch die Worte mehrere Handlungen in ihrem Gegensatz zu den Worten eine und dieselbe Handlung zum Ausdruck gebracht würde.

Wenn wir als mehrere selbständige Handlungen im Sinne von § 74 diejenigen Willensakte bezw. Komplexe von Willensakten bezeichneten, die, jeder für sich betrachtet, also unabhängig voneinander zur Realisierung je eines gesetzlichen Tatbestandes dienen, so setzten wir dabei stillschweigend voraus, daß eine isolierte Betrachtung der Willensakte zulässig war. Das wird allerdings bei der Mehrzahl der Willensakte zutreffen, aber es gibt Fälle, wo der isolierten Betrachtung Bedenken psychologischer Art entgegenstehen, die darin ihre Ursache haben, daß die hierher gehörigen Willensakte „einen unselbständigen Teil eines einheitlichen Komplexes von Willensakten bilden",[100]) oder wie M. E. Mayer[101]) sagt, als Teil im Ganzen aufgehen und zwar entweder deshalb, weil die einzelnen Willensakte Ausfluß der gleichen Lebensrichtung sind,[102]) oder weil sie durch dasselbe Motiv veranlaßt wurden.

Inwieweit die psychologische Unselbständigkeit der Willensakte zu beachten ist, hängt allein vom Gesetz ab. Wie die Erörterungen im folgenden Kapitel ergeben werden, erkennt das Gesetz einerseits der Tatsache, daß mehrere Willensakte Ausfluß der gleichen Lebensrichtung sind, in einigen Fällen ausdrückliche Beachtung zu (das sind die Fälle des sogen. Kollektivdelikts); andererseits gebieten die Prinzipien des Gesetzes unter bestimmten näher zu erörternden Voraussetzungen die Berücksichtigung der Tatsache, daß mehrere Willensakte dem gleichen Motiv entstammen (das sind die Fälle des sog. fortgesetzten Verbrechens). Unsere Definition bedarf daher einer dahin gehenden Ergänzung: Mehrere (selbständige) Handlungen im Sinne des § 74 liegen vor, wenn mehrere Willensakte oder Komplexe von Willensakten feststellbar sind, von denen jeder für sich zur Realisierung

---

[98]) cf. Schütze: Z. St. W. 3, 66 ff.

[99]) cf. Höpfner: a. a. O. 2, 41 Anm. 1, der glaubt, die Bedeutung der Worte selbständige Handlungen aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes herleiten zu müssen, wozu er veranlaßt wird durch die Gegenüberstellung von selbständigen und unselbständigen Handlungen.

[100]) M.-Allfeld a. a. O. 231.

[101]) Lehrbuch 511.

[102]) cf. Wachenfeld 91.

eines abstrakten Tatbestands dient, ohne daß sich die mehrfache Tatbestandsverwirklichung als Kollektivdelikt oder fortgesetztes Verbrechen darstellt.[103])

Das Ergebnis unserer Untersuchungen über den Sinn der Worte mehrere selbständige Handlungen unterscheidet sich insofern von dem meist behaupteten Sinn,[104]) daß von uns lediglich Gründe psychologischer Art als Ursache der Zusammenfassung einer Mehrheit von Handlungen anerkannt wurden.

Frank nennt neben dem fortgesetzten Delikt folgende Fälle mangelnder Selbständigkeit mehrerer Handlungen:

a) Die eine Handlung entlehnt ihre Strafbarkeit von der andern. Deshalb könne eine Täterhandlung und eine Teilnahmehandlung an demselben Delikt nicht in Realkonkurrenz treten.

b) Die mehreren Handlungen entlehnen ihre Strafbarkeit von derselben dritten. Deshalb könnten mehrere Teilnahmehandlungen an demselben Delikt nicht in Realkonkurrenz treten.

c) Die eigene Strafbarkeit der einen Handlung werde durch die Begehung der anderen aufgehoben; deshalb konkurrierten nicht untereinander: die Handlung, die den Tatbestand des subsidiären und die andere, die den Tatbestand des primären Delikts erfülle, was besonders für die Versuchshandlung im Verhältnis zur Vollendung gelte.

Diesen Ausführungen kann nicht zugestimmt werden, da es hier in Wahrheit nicht an der Selbständigkeit zu fehlen braucht, sondern an dem Vorliegen mehrfacher Gesetzesverletzung.[105])

Das erkennt auch Frank, wenn er zu den Fällen a) und b) bemerkt, hier sei auch Idealkonkurrenz ausgeschlossen, für die nach unseren Ausführungen im § 1 neben der Handlungseinheit Mehrheit der Gesetzesverletzung wesentlich ist.

Neben den eben erwähnten Fällen führt Frank endlich das fortgesetzte Delikt an, d. h. die mehrfache Verwirklichung desselben Tatbestandes durch mehrere Willensakte, die dem gleichen Motiv entspringen.[106]). Darin ist Frank zuzustimmen, denn hier liegen unbestreitbar mehrere Willensakte vor, die durch das einheitliche Motiv, das sie verursacht hat, zur Gesamtheit zusammengeschlossen werden, und die deshalb als unselbständige Teile dieses einheitlichen Ganzen zu werten sind.

Als Ergebnis können wir feststellen: Von den Gruppen unselbstständiger Handlungen, die Frank aufstellt, erweist sich nur eine als berechtigt, die jedoch von unserer Formulierung mit erfaßt wird. Wenn Frank andererseits das Kollektivdelikt unter der Gruppe der unselbstständigen Handlungen nicht erwähnt, sondern als Fall der gesetzlichen Einheit betrachtet, so liegt darin eine Außerachtlassung der Tatsache, daß

---

[103]) Die nähere Behandlung des fortgesetzten Verbrechens u. des Kollektivdelikts kann aus syst. Gründen erst bei der Behandlung der „Konkurrenz bei Mehrheit bloßer Tatbestandsverwirklichung" geschehen. Es ist daher auf die Ausführungen im Kap. III zu verweisen.

[104]) cf. statt vieler Frank a. a. O. § 74, V.

[105]) cf. die Uebersicht bei v. Liszt-Del.-Kohlr. Vorb. § 73, III.

[106]) cf. v. Bar a. a. O. 3, 586. M. E. Mayer, Lehrbuch 166 ff. M. E. Mayer, Gutachten f. d. 28. Jur.-Tg., Verh. 1, 156/7.

auch hier eine Mehrheit unselbständiger Willensakte vorliegt,[107]) die demzufolge ihre systematische Stellung in der erstgenannten Gruppe erhalten müßten.

Unser Ergebnis, mehrere selbständige Handlungen i. S. von § 74 liegen dann vor, wenn mehrere Willensakte oder Komplexe von solchen vorhanden sind, die, jeder für sich betrachtet, zur Realisiierung eines Tatbestandes dienen, ohne daß sich die mehrfachen Tatbestandsverwirklichungen als fortgesetztes Verbrechen oder als Kollektivdelikt darstellen, bedarf daher keiner weiteren Ergänzung.

2) Mehrheit verletzter Gesetze.

Das zweite Begriffsmerkmal der Realkonkurrenz ist die Mehrheit von Verbrechen (strafbarer Handlungen), also die Mehrheit verletzter Gesetze. Den Begriff der mehrfachen Gesetzesverletzung haben wir bereits mehrfach erörtert, wonach sich ergibt, daß von einer Mehrheit verletzter Gesetze erst dann gesprochen werden kann, wenn mehrere Tatbestandsverwirklichungen feststellbar sind, die zur rechtlichen Würdigung des Falles sämtlich herangezogen werden müssen. Während aber in den Fällen der Idealkonkurrenz eine Mehrheit *verschiedener* Gesetze vorliegen mußte, ist eine derartige Einschränkung für die Fälle der Realkonkurrenz nicht erforderlich, da das Gesetz positiv die Verletzung mehrerer verschiedener Gesetze der mehrfachen Verletzung desselben Gesetzes gleichstellt, cf. § 74 StGB.

3) Gleichzeitige Aburteilung der Gesetzesverletzungen.

Damit es in den Fällen der mehrfachen Gesetzesverletzung durch mehrere Handlungen überhaupt zu einer Konkurrenz in der Frage der Schuldigsprechung kommen kann, ist erforderlich, daß die Gesetzesverletzungen in dem gleichen Prozeß verhandelt werden. Ist der Täter dagegen bereits wegen einer der Gesetzesverletzungen verurteilt worden, so scheidet sie für die Frage der Schuldigsprechung aus. Ihre Berücksichtigung bei der Frage der Strafzumessung ist jedoch unter bestimmten Voraussetzungen kraft ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes erforderlich, cf. § 79.[108])

4) Das Wesen der Realkonkurrenz.

Genau wie die Idealkonkurrenz ist die Realkonkurrenz eine Konkurrenz mehrerer verletzter Gesetze und demzufolge ein Fall der Verbrechenskonkurrenz.

Während über die Natur der Idealkonkurrenz Streit besteht, ist man sich über die Rechtsnatur der Realkonkurrenz einig. Der Unterschied zwischen beiden Konkurrenzformen besteht darin, daß bei der Idealkonkurrenz die beiden verletzten Gesetze einen Teil des Faktums gemeinsam haben, während die Gesetzesverletzungen bei der Realkonkurrenz durch Willensakte verursacht werden, die voneinander unabhängig sind, die nebeneinander stehen. Denkt man sich die Tatbestandsverwirklichungen als Kreise, so stellt sich die Idealkonkurrenz als die Figur zweier einander schneidender Kreise dar, die Realkonkurrenz dagegen erscheint als Mehrheit

---

[107]) cf. Kap. III, § 1, II.
[108]) cf. Anm. bei § 2, I.

von Kreisen, die kein Stück der Kreisfläche gemeinsam haben.[109]) Andererseits unterscheiden sich die beiden Konkurrenzformen dadurch, daß für die Idealkonkurrenz Handlungseinheit, für die Realkonkurrenz dagegen Handlungsmehrheit wesentlich ist: die Idealkonkurrenz bildet einen Fall der Verbrechensmehrheit bei Handlungseinheit, die Realkonkurrenz dagegen einen Fall der Verbrechensmehrheit bei Handlungsmehrheit.

Als Fall der Verbrechensmehrheit hat diese Konkurrenzform ihre systematische Stellung in der Gruppe: Konkurrenzformen bei Mehrheit der Gesetzesverletzung, denn die Wertung der Realkonkurrenz als Verbrechensmehrheit beruht auf der Feststellung, daß für ihr Vorliegen die Mehrheit verletzter Gesetze wesentlich ist.

II. Der für die Bewertung der Realkonkurrenz maßgebliche Grundsatz.

Da die Realkonkurrenz einen Fall der Verbrechensmehrheit darstellt, also zu ihrer Annahme die Feststellung mehrfacher Gesetzesverletzung erforderlich ist, müssen sämtliche verletzten Gesetze zur Urteilsbildung herangezogen werden. Der für die Realkonkurrenz maßgebliche Bewertungsgrundsatz lautet daher: die Schuldigsprechung ist auf sämtliche verletzten Gesetze zu stützen.[110])

III. Erscheinungsformen.

Im Gegensatz zur Idealkonkurrenz, bei der wir nur einer Erscheinungsform die Berechtigung zuerkannten, müssen bei der Realkonkurrenz zwei Arten unterschieden werden: gleichartige — ungleichartige, je nachdem, ob durch die mehreren Handlungen mehrfach dieselbe oder mehrere verschiedene strafbare Handlungen begangen worden sind. cf. § 74 StGB.

---

[109]) Coenders, Idealkonkurrenz 18.

[110]) Ein Vergleich dieses Bewertungsgrundsatzes mit dem für die Idealkonkurrenz aufgestellten zeigt, daß die Unterscheidung zwischen diesen beiden Konkurrenzformen für die Frage der Schuldigsprechung ohne Bedeutung ist, da in beiden Fällen sämtliche verletzten Gesetze zur Anwendung kommen müssen. Wenn dennoch in unserer Darstellung zwischen beiden Konkurrenzformen unterschieden wurde, so deshalb, weil beide für die sich an die Frage der Schuldigsprechung anschließende Frage der Strafzumessung sorgfältig zu trennen sind, denn das Gesetz knüpft an beide verschiedene Rechtsfolgen. Hat auch die Unterscheidung für die Frage der Schuldigsprechung keine praktische Bedeutung, so darf sie dennoch nicht in das Gebiet der Konkurrenz bei der Strafzumessung verwiesen werden, denn die Frage der Idealkonkurrenz oder Realkonkurrenz gehört zur Schuld- und nicht zur Straffrage, wie das RG. in seiner Entscheidung vom 5. 3. 1926 in Bay.-Z. 1926, 224 dargelegt hat. cf. auch Staudinger-Schmidt: Strafgesetzbuch, 14. Auflage § 73.

Kapitel III.

Die Konkurrenzformen bei Mehrheit bloßer Tatbestandsverwirklichung.

Ursache der Konkurrenz mehrerer Gesetzesbestimmungen bildet nicht nur die mehrfache Gesetzesverletzung, sondern auch mehrfache bloße Tatbestandsverwirklichung.[111]) Wie jene im Kap. II Ausgangspunkt der Untersuchungen war, so bildet im vorliegenden Kapitel diese den maßgebenden Gesichtspunkt für die Zusammenstellung derjenigen Konkurrenzformen, bei denen übereinstimmend die mehrfache bloße Tatbestandsverwirklichung konstatierbar ist.

Während bei den Konkurrenzfällen des Kapitel II eine Gruppierung unter dem Gesichtspunkt Handlungseinheit und Handlungsmehrheit vorgenommen werden konnte, ja durch das Gesetz bedingt war (cf. §§ 73/74), erweist sich eine derartige Gliederung bei den im vorliegenden Kapitel zu werden ergeben, daß sich die hier zu erörternden Konkurrenzformen unter Handlung die sog. natürliche Handlung, also den Willensakt ohne Beziehung auf das Gesetz, oder ob man Handlung in dem hier vertretenen Sinne versteht;[112]) denn die Untersuchungen des vorliegenden Kapitels werden ergeben, daß sich die hier zu erörternden Konkurrenzformen unter dem Gesichtspunkt von Handlungseinheit und Mehrheit nicht logisch erschöpfend gliedern lassen. Daher ist die in der Literatur übliche Gliederung in sog. Gesetzeskonkurrenz (Handlungseinheit und scheinbare Verletzung mehrerer Gesetze) und scheinbare Realkonkurrenz (scheinbare Handlungsmehrheit) zu verwerfen, wenn auch nicht verkannt werden soll, daß die Mehrheit der hier zu erörternden Konkurrenzformen sich auf Grund dieses logischen Gegensatzes von Handlungseinheit und -mehrheit gliedern läßt.

Gemeinsam haben die hier interessierenden Konkurrenzformen, daß mehrere Tatbestände erfüllt sind, daß aber nur ein einziger im Sinne des Gesetzes als verletzt bezeichnet werden kann, d. h. zur vollständigen Würdigung des Faktums in rechtlicher Beziehung ist von den mehreren erfüllten Tatbeständen nur ein einziger erforderlich. Da nur eine Gesetzesverletzung vorliegt, bilden diese Fälle Erscheinungsformen der Verbrecheneinheit.[113]) Die Ursache dafür, daß trotz mehrfacher Tatbestandsverwirklichung doch nur ein Gesetz als verletzt bezeichnet werden darf, kann darin liegen, daß die Rangordnung, in die der Gesetzgeber die Paragraphen zueinander gestellt hat, und die aus einem Vergleiche der Gesetzesbestimmungen miteinander ermittelt werden kann, die Anwendung nur des einen Gesetzes gebietet. Eine Rangordnung setzt aber verschiedene Gesetzesbestimmungen voraus und kann daher nur dort in Betracht kommen, wo durch eine oder mehrere Handlungen verschiedene Gesetzesbestimmungen erfüllt worden sind.

Ebenso ist es aber möglich, daß eine oder mehrere Handlungen mehrfach dieselbe Gesetzesbestimmung erfüllen und ebenfalls nur von einer

---

[111]) cf. Teil I, Kap. I.

[112]) cf. Kap. II, § 1, I, 1 a.

[113]) cf. Olshausen a. a. O. § 73, N. 11: „Nach Auffassung des Gesetzgebers deckt die Verletzung eines bezw. mehrerer Gesetze sich mit den Begriffen Verbrecheneinheit Verbrechensmehrheit“.

Rechtsverletzung gesprochen werden kann und zwar deshalb, weil sich, wie noch darzulegen ist, die Gesamtwertung der mehreren Tatbestandsverwirklichungen als notwendig erweist. Das sind die Fälle:

1. der gleichartigen Idealkonkurrenz,
2. des fortgesetzten Verbrechens,
3. des Kollektivdelikts.

Demzufolge stehen sich zwei Gruppen von Konkurrenzfällen gegenüber:

1. Zusammentreffen mehrerer verschiedener Tatbestandsverwirklichungen;
2. Zusammentreffen mehrerer gleicher Tatbestandsverwirklichungen.

§ 1. Die Konkurrenzformen bei Zusammentreffen mehrerer gleicher Tatbestandsverwirklichungen i. e. S.

I. Die sog. gleichartige Idealkonkurrenz.

Von gleichartiger Idealkonkurrenz spricht man, wenn eine und dieselbe Handlung mehrfach denselben Tatbestand erfüllt. Wir haben bereits bei der Erörterung der Idealkonkurrenz nachgewiesen, daß in den Fällen der sog. gleichartigen Idealkonkurrenz lediglich eine Mehrheit von Tatbestandsverwirklichungen, nicht aber eine Mehrheit verletzter Gesetze gegeben ist.[114])

Sie stellt daher einen Fall der Verbrechenseinheit dar. Der Unrechts- und Schuldwert des Faktums wird durch einmalige Anwendung des mehrfach erfüllten Tatbestandes voll erfaßt, eine mehrmalige Anwendung des realisierten Tatbestandes erweist sich als unzulässig.

Für die mehrfache Tatbestandsverwirklichung gilt das, was Sauer von der Mehrheit von Willensakten beim fortgesetzten Delikt sagt[115]): „Sie alle sind der Rechtsordnung nicht mehr wert wie eine einzige von ihnen, selbstverständlich für die Wertung überhaupt, nicht für die Strafzumessung“; m. a. W. es ist eine Gesamtwertung der Tatbestandsverwirklichungen erforderlich; sie werden als Einheit gewertet.

Der für die gleichartige Idealkonkurrenz geltende Bewertungsgrundsatz lautet daher: Die Schuldigsprechung hat durch einmalige Anwendung des mehrfach erfüllten Tatbestandes zu erfolgen.

Sie kann daher nicht als Erscheinungsform der Idealkonkurrenz gewertet werden, ihre Eingliederung in die Gruppe: Konkurrenzformen bei mehrfacher Gesetzesverletzung ist mithin unzulässig. Da bei ihr lediglich eine Konkurrenz von Tatbestandsverwirklichungen im engeren Sinne in Erscheinung tritt, und zwar eine Konkurrenz mehrerer gleicher Tatbestandsverwirklichungen, erweist sich ihre Eingliederung in die Gruppe: Konkurrenzformen bei Zusammentreffen mehrerer gleicher Tatbestandsverwirklichungen systematisch geboten.

II. Das Kollektivdelikt.

1. Begriff und Erscheinungsformen.

Kollektivdelikte sind diejenigen Delikte, deren eines Tatbestandsmerkmal Gewohnheits- Geschäfts- oder Gewerbsmäßigkeit bildet. Danach

---

[114]) cf. Kap. II. § 1, III.
[115]) S. 492, IV, 1.

sind drei Arten des Kollektivdelikts zu unterscheiden:

1. Das gewohnheitsmäßige Delikt,
2. das gewerbsmäßige Delikt,
3. das geschäftsmäßige Delikt.

a) Das gewohnheitsmäßige Delikt.

Gewohnheitsmäßige Delikte sind solche, zu deren Realisierung Willensakte erforderlich sind, die gewohnheitsmäßig vorgenommen werden. Was haben wir nun unter einem gewohnheitsmäßigen Willensakt zu verstehen? Das Gesetz gibt keine Definition des Begriffs: „gewohnheitsmäßig". Daher muß der Begriff des allgemeinen Sprachgebrauchs zugrundegelegt werden. Das hebt besonders Groß hervor.[116])

Der allgemeine Sprachgebrauch bezeichnet als gewohnheitsmäßigen Willensakt (Handlung), wie das Wort sagt, denjenigen, der einer Gewohnheit gemäß vorgenommen wurde, also dessen Vornahme in einer Gewohnheit ihre Ursache hat (wenn auch nicht notwendig die einzige Ursache). Damit ist aber die Bedeutung, die der allgemeine Sprachgebrauch dem Worte gewohnheitsmäßig beimißt, noch keinesfalls erschöpft. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen. Der Ausdruck: gewohnheitsmäßiges Trinken bedeutet unzweifelhaft ein Trinken, das einer Gewohnheit gemäß erfolgt, das also in einer Gewohnheit seine Ursache hat; der Ausdruck bedeutet aber auch zugleich, daß das Trinken zur Gewohnheit geworden ist, sodaß wir zu dem Ergebnis gelangen: der Ausdruck: gewohnheitsmäßiges Trinken bezeichnet ein Trinken, das einer durch wiederholtes Trinken erworbenen Gewohnheit gemäß erfolgt. Da nun Gewohnheit ein Hang, eine Neigung ist („durch welche der Wille in einer bestimmten Richtung beeinflußt wird", so RG. 32, 397), gelangen wir zu folgender allgemeineren Definition: ein gewohnheitsmäßiger Willensakt (Handlung) i. S. d. allgemeinen Sprachgebrauchs ist ein solcher, der in einem durch wiederholte Vornahme des Willensaktes erworbenen Hang zu erneuter Vornahme seinen Entstehungsgrund hat.[117])

Im Gegensatz zu der hier dargelegten Auffassung vertritt Gerland[118]) die Ansicht, daß es unerheblich sei, wie der Hang entstanden, ob erworben oder angeboren, und daß in der Behauptung, als Gewohnheit könne nur derjenige Hang bezeichnet werden, der durch wiederholte Uebung erworben sei, eine Verwechslung von Beweis- und Begriffsfrage liege, indem die Tatsache wiederholter Begehung (Vornahme zum Beweise der Gewohnheitsmäßigkeit erforderlich sei.[119])

---

[116]) cf. Groß, Zur strafrechtlichen Behandlung von Rückfall, gewohnheitsmäßigem und gewerbsmäßigem Verbrechertum D.J.Z. 1906, 912 (914).

[117]) Sachlich übereinstimmend RG. 32, 394; 39, 308. RG. 25, 266; 58, 25; 59, 143. Meyer-Allfeld 234. v. Liszt a. a. O. 341. Frank a. a. O. § 74, V, 1, b. Hälschner, Deutsches Strafrecht I, 544. Pfefferle 65. Villnow, Raub und Erpressung 104. v. Lilienthal, Beiträge zur Lehre von dem Collektivdelikt 31.

[118]) a. a. O. 158.

[119]) Aber auch M. E. Mayer, Lehrbuch 172/3; Wachenfeld, Verbrechenskonkurrenz 91/2 sind hier zu nennen; ihre Ausführungen, das Vor-

Geht man von der Voraussetzung Gerlands aus, daß die Gewohnheitsmäßigkeit, also der Hang zu wiederholter Vornahme auch angeboren sein könne, dann wäre es richtig, die Tatsache wiederholter Vornahme für unerheblich zu erklären. Gerland geht aber von einer unrichtigen Voraussetzung aus. Selbst wenn man zugeben würde, daß der Hang angeboren sein könne, so widerspräche die Bezeichnung eines solchen Hanges als Gewohnheit offensichtlich dem oben dargelegten allgemeinen Sprachgebrauch, der für die Entstehung der Gewohnheit gerade eine Mehrheit von Willensakten fordert. Wenn wir es daher bei der Begriffsbestimmung auf die Frage abstellten, w i e der Hang entstanden ist, so war das ein durch den allgemeinen Sprachgebrauch gebotenes Erfordernis, und dieses Erfordernis mußte beachtet werden, da bei Schweigen des Gesetzes der allgemeine Sprachgebrauch maßgeblich ist! Die Behauptung Gerlands[120]), ein Grund für diese — d. h. die hier vertretene — engere Auffassung liege nicht vor, läßt der Berücksichtigung des allgemeinen Sprachgebrauchs offenbar außer Acht und entbehrt daher der Berechtigung. Während Gerland zugibt, daß Gewohnheitsmäßigkeit der durch wiederholte Uebung entstandene Hang sein k ö n n e, und sich seine Polemik nur gegen die Beschränkung des Begriffs auf diese eine Entstehungsart richtet, behauptet Groß[121]), es sei falsch, zu sagen, Gewohnheit entstehe infolge wiederholter Begehung. Denn wenn man zwischen den einzelnen Willensakten ein Intervall von etwa einem Jahr annehme, was durchaus nicht zuviel sei, so widerspräche es dem allgemeinen Sprachgebrauch von Gewohnheit zu reden, denn „man würde unbedingt erklären: in dieser Weise könne man sich unmöglich etwas angewöhnen". Das was man in der Jurisprudenz als Gewohnheitsmäßigkeit bezeichne, sei wiederholter Rückfall zu nennen;[122]) denn betrachte man die einzelnen Handlungen des Täters, so ergäbe sich, daß die xte Begehung „nicht die Folge der früheren Begehungen, sondern derselben Antriebe ist, welche die erste Begehung verursacht haben . . ." Es wirke die Bahnung, das immer mehr ausgefahrene Geleise, etwas mit, aber mit Rücksicht auf die oft ziemlich weit auseinander liegenden Fakten dürfe die Bedeutung der Bahnung nur gering geschätzt werden. „Irgendein Grund: etwa beim sechsten oder achten Rückfall plötzlich den unfaßbaren Begriff der Gewohnheit einzuschalten, liegt nicht vor".[123]) Da er die Gleichsetzung von Gewohnheit und Rückfall für berechtigt hält, fordert er endlich[124]) de lege ferenda die Streichung des Begriffes.

---

handensein von Gewohnheitsmäßigkeit könne aus allen möglichen Umständen d a r g e t a n werden (so Wachenfeld), also nicht nur aus wiederholter Vornahme, könne sich in einer einzigen Straftat b e k u n d e n, (so M. E. Mayer) widersprechen keinesfalls unserer Auffassung, da sie mit diesen Worten keine Antwort auf die Frage geben, die uns interessiert, nämlich ob die Gewohnheitsmäßigkeit durch wiederholte Vornahme entsteht; sie beantworten vielmehr nur die Frage: wie kann sich die Gewohnheitsmäßigkeit äußern?

[120]) a. a. O. 158 Anm. 4.

[121]) l. c. 914.

[122]) a. a. O. 915.

[123]) a. a. O. 916.

[124]) a. a. O. 916.

Der Ansicht von Groß muß entschieden widersprochen werden. Zunächst ist nicht einzusehen, warum für das Sich-Angewöhnen das zeitlich weite Auseinanderfallen der Willensakte ein Hindernis bieten soll. Ein tatsächliches Hindernis kann es bilden, bildet es aber keinesfalls, wenn die Handlungen, wie Groß angibt, etwa ein Jahr auseinanderfallen. Aber auch der allgemeine Sprachgebrauch steht dem nicht entgegen; denn er verlangt, wie wir ausgeführt haben, lediglich, daß die Gewohnheit durch wiederholte Uebung entstanden ist und nicht etwa, daß die zur Gewohnheit führenden Willensakte in bestimmten kurzen Intervallen aufeinander folgen müßten. Gänzlich unhaltbar erscheint mir die Gleichsetzung der Gewohnheitsmäßigkeit mit wiederholtem Rückfall. Denn wenn Groß zur Begründung seiner Ansicht sagt, die xte Begehung sei nicht die Folge der früheren, sondern die Folge derselben Antriebe, welche die erste verursacht haben, so beruht das auf einer völligen Verkennung der Tatsache, daß durch wiederholte Begehung die Triebkraft zu erneuter Begehung gesteigert wird, und daß sie schließlich eine solche Intensität annehmen kann, daß sie zu einem Hang wird, durch den der Wille in einer bestimmten Richtung stetig beeinflußt wird. Sie *braucht* allerdings *nicht* jene Intensität anzunehmen, und dann ist es richtig zu sagen, die xte Begehung sei nicht kausal aus den vorangegangenen zu erklären; dann wäre es berechtigt zu sagen, die xte Begehung sei als wiederholter Rückfall, (der allerdings nur dann anzunehmen wäre, wenn der Täter wegen der voraufgegangenen Begehungen bereits bestraft wurde und seinerseits nur dann als Rückfall bestraft werden dürfte, falls es im Gesetz bestimmt ist); sie *kann aber* jene Intensität annehmen, und wenn sie durch die der xten Handlung voraufgegangenen bereits diese Intensität angenommen hat, so kann und muß die xte Handlung kausal aus der Vornahme der voraufgehenden erklärt werden; denn sie beruht auf der durch die Vornahme der übrigen Handlungen erzeugten, erworbenen Gewohnheit. Die Behauptung von Groß: es läge kein Grund vor, in die Reihe der Rückfälle den Begriff der Gewohnheitsmäßigkeit einzuschalten, entbehrt daher der Berechtigung. Diese Handlung als widerholten Rückfall zu bezeichnen und zu werten, hieße eine völlige Verkennung seiner Eigenart. Gewohnheitsmäßigkeit und Rückfall stellen zwar beide Qualifikationsmomente dar, aber während das Qualifikationsmoment des Rückfalls seine Kraft aus dem Moment erwiesener Wirkungslosigkeit bisher verhängter Strafen schöpft[125], leitet sich die qualifizierende Wirkung der Gewohnheitsmäßigkeit aus der Tatsache her, daß denjenigen ein stärkeres Verschulden trifft, der ein Delikt gewohnheitsmäßig begeht als denjenigen, der es gelegentlich tut. Es soll nun zwar nicht die Möglichkeit bestritten werden, daß eine gewohnheitsmäßige Handlung zugleich Rückfall bedeutet, aber eine derartige Feststellung entbehrt des praktischen Wertes da, wie die Gewohnheitsmäßigkeit, so auch der Rückfall nur in bestimmten Fällen beachtet werden darf. Betrachtet man daraufhin das Gesetz, so ergibt sich, daß das Gesetz in den Fällen, in denen es dem Rückfall qualifizierende Bedeutung zuerkennt, die Gewohnheitsmäßigkeit unberücksichtigt läßt und umgekehrt. Wir müssen also sagen, nach der Regelung, wie sie unser Strafgesetzbuch vorgenommen

[125]) Vgl. Finger, Oesterr. Strafr. Bd. I, 302.

hat, erweist sich eine scharfe Trennung von Rückfall und Gewohnheitsmäßigkeit als unerläßlich, die umso berechtigter ist, als beide wesensverschieden sind. Ist aber eine Wesens-Verschiedenheit beider Qualifikationsmomente vorhanden, so erweist sich die Forderung von Groß, de lege ferenda sei die Gewohnheitsmäßigkeit zu streichen, als unberechtigt.

Unsere Definition lautete: Ein gewohnheitsmäßiger Willensakt (Handlung) ist derjenige, der in einem durch wiederholte Vornahme eines gleichartigen Willensaktes erworbenen Hang zu erneuter Vornahme seinen Entstehungsgrund hat. Daraus ergibt sich, daß die vielfach aufgeworfene Frage, ob die mehreren Willensakte, deren Vornahme den Hang erzeugte, noch aburteilbar sein müssen, zu verneinen ist[126]; denn die Aburteilung als rechtliche Wertung vermag vielleicht die „Triebkraft des verbrecherischen Reizes" zu beeinflussen (v. Liszt), sie vermag sie aber nicht stets zu beseitigen; m. a. W. abgeurteilte Handlungen vermögen, wie noch nicht abgeurteilte, die Intensität der Triebkraft zu steigern.

Mit dem Begriff des gewohnheitsmäßigen Willensaktes haben wir die Realdefinition des gewohnheitsmäßigen Verbrechens gewonnen. Ein gewohnheitsmäßiges Verbrechen ist demnach ein solches, zu dessen Realisierung gewohnheitsmäßig vorgenommene Willensakte erforderlich sind, d. h. Willensakte, welche in einem durch wiederholte Vornahme gleichartiger erworbenen Hang zu erneuter Vornahme ihre Ursache haben.

Als Beispiel sei § 260 St. G. B. genannt: „Wer die Hehlerei . . . gewohnheitsmäßig betreibt . . .". Zweifellos ist die im § 260 enthaltene Norm nur einmal verletzt, wenn der Täter der Gewohnheit zufolge nur einmal Hehlerei betreibt. Wie aber, wenn er der Gewohnheit gemäß mehrfach Hehlerei begeht oder allgemein ausgedrückt: Ist auch dann nur eine Rechtsverletzung anzunehmen, wenn die Gewohnheit mehrere Willensakte verursacht hat, von denen jeder, weil er ja gewohnheitsmäßig vorgenommen worden ist, den Tatbestand schon verwirklicht? Diese Frage wird allgemein bejaht und das mit Recht; denn schon der allgemeine Sprachgebrauch, der hier maßgebend sein muß, faßt eine Mehrheit von Willensakten, die derselben Gewohnheit entstammen, zur Einheit zusammen. So wird niemand von gewohnheitsmäßigen Hehlereien sprechen, falls jemand mehrfach den Tatbestand des § 260 verwirklicht. Die mehrfache Heranziehung des § 260 erweist sich auch keinesfalls als sorgfältigere juristische Würdigung des Falles, sondern müßte im Gegenteil als Verkennung der Eigenart des sog. gewohnheitsmäßigen Verbrechens bezeichnet werden, da sie die psychologische Unselbständigkeit der einzelnen Akte „die gemeinsame seelische Grnudlage", so R. G. 59, 144, außer Acht läßt. Ja, die mehrfache Tatbestandsverwirklichung wird meist erst die Feststellung, daß Gewohnheitsmäßigkeit vorliegt, ermöglichen;[127]) sie ist, wie M. E. Mayer[128]) sagt, „das regelmäßige und zuverlässigste Symptom".[129])

---

[126]) Uebereinstimmend: Olsh. a. a. O. § 260 N. 3, das cit. RG. 33, 303. RG. D.J.Z. 30, 668. Meyer-Allfeld: a. a. O. 234. v. Liszt 342.
[127]) cf. Gerland 158.
[128]) Lehrbuch 172.
[129]) cf. RG. 41, 110. RG. 33, 142. RG. 56, 54. RG. 59, 142.

Liegen mithin mehrere Willensakte vor, die der gleichen Gewohn-
heit entstammen, und von denen jeder, als einzelner betrachtet, den Tat-
bestand verwirklicht, so steht sowohl der Sprachgebrauch als auch die Tat-
sache der Unselbständigkeit der Einzelwertung entgegen. Da aber mangels
einer Legaldefinition der Gewohnheitsmäßigkeit der allgemeine Sprach-
gebrauch maßgeblich sein muß, und dieser die Gesamtwertung gebietet,
kommen wir zu dem Ergebnis: Das Gesetz erkennt in den Bestimmungen, in denen es den Begriff der Gewohnheitsmäßigkeit verwendet, der psychologischen Unselbständigkeit von Willensakten Bedeutung zu, und zwar gebietet es deren Gesamtwertung, cf. unten 2b.

b) Das gewerbsmäßige Delikt.

Während über den Begriff der Gewohnheitsmäßigkeit die Meinungen stark auseinandergehen, bestehen in den Begriffsbestimmungen der Gewerbsmäßigkeit nur unwesentliche Unterschiede.

Entsprechend der Nominaldefinition des gewohnheitsmäßigen Delikts können wir das gewerbsmäßige Delikt definieren als Verbrechen, zu dessen Realisierung gewerbsmäßig vorgenommene Willensakte oder Komplexe von solchen erforderlich sind. Entsprechend entsteht auch hier die Frage: was haben wir unter einem gewerbsmäßigen Willensakt zu verstehen? Da auch hierfür eine gesetzliche Definition fehlt, ist der allgemeine Sprachgebrauch maßgeblich, der aber im Gegensatz zur Gewohnheitsmäßigkeit mit den in Wissenschaft und Praxis aufgestellten Definitionen im Wesentlichen übereinstimmt. Danach können wir definieren: Ein gewerbsmäßiger Willensakt (Handlung) ist ein solcher, der in der Absicht vorgenommen ist, Begehungen gleicher Art als Einnahmequelle zu benutzen.[130]) Nicht erforderlich ist, daß eine unbegrenzte Zahl von Begehungen beabsichtigt wird,[131]) man wird sagen müssen, es genügt Absicht der Wiederholung bei sich bietender Gelegenheit;[132]) denn in diesem Fall ist die vom allgemeinen Sprachgebrauch geforderte Art der Absicht erfüllt. Während der allgemeine Sprachgebrauch für die Annahme der Gewohnheitsmäßigkeit eine bestimmte Art der Entstehung forderte, läßt er diese Frage bei der Gewerbsmäßigkeit offen. Es ist also unerheblich, woraus sich die Absicht entwickelt hat, ob sie überhaupt durch wiederholte Vornahme von Willensakten, oder ob sie unmittelbar plötzlich entstanden ist.

Mit Hilfe des Begriffs der Gewerbsmäßigkeit gelangen wir zu folgender Realdefinition des gewerbsmäßigen Delikts: Ein gewerbsmäßiges Delikt ist ein solches, zu dessen Realisierung ein Willensakt (oder ein Komplex von solchen) erforderlich ist, der in der Absicht vorgenommen wurde, den Willensakt zu wiederholen und sich

---

130) So Gerland a. a. O. 159. Frank a. a. O. § 74 V, 1 b. Meyer-Allfeld 234. M. E. Mayer, Lehrbuch 173. v. Liszt 341. Hälschner, Deutsches Strafr. I 545. Beling, Grdz. 10. Aufl. 51. Pfefferle a. a. O. 64. RG. 33, 237. RG. 53, 59/60. RG. 56, 326; 54, 230. RG. 58, 19/20; 60, 224; 61, 148.

131) RG. 51, 100.

132) RG. 54, 230. cf. auch die das. cit. Entsch.

aus der wiederholten Begehung eine Einnahme zu verschaffen.

Wie ein gewohnheitsmäßiges Verbrechen bei einmaliger Tatbestandsverwirklichung angenommen werden kann,[133]) so auch ein gewerbsmäßiges. Wie die Gewohnheitsmäßigkeit, so kann sich auch die Gewerbsmäßigkeit in mehreren Willensakten äußern, und die Anwendung des allgemeinen Sprachgebrauchs hat auch hier zur Folge, daß die mehreren Tatbestandsverwirklichungen als einmalige Rechtsverletzung zu werten sind. Es wird wohl niemand sagen, der Täter habe mehrere gewerbsmäßige Hehlereien begangen, wenn er durch mehrere Willensakte, die sämtlich von der gleichen Absicht getragen sind (Erwerbsabsicht), mehrmals den Tatbestand der gewerbsmäßigen Hehlerei verwirklicht;[134]) m. a. W. das Gesetz erkennt auch in den Fällen, in denen es die Gewerbsmäßigkeit zum Tatbestandsmerkmal erhebt, der psychologischen Unselbständigkeit von Willensakten Bedeutung zu, und es gebietet auch hier die Gesamtwertung; denn wenn mehrere Willensakte als Verwirklichung ein und derselben Absicht erscheinen, also Ausfluß ein und derselben Lebensrichtung sind, erweisen sie sich als psychologisch abhängig, also als unselbständig. Wir kommen mithin zu dem Ergebnis: Ein gewerbsmäßiges Verbrechen liegt dann vor, wenn ein Willensakt gewerbsmäßig vorgenommen wurde,[135]) ein gewerbsmäßiges Verbrechen ist aber auch dann anzunehmen, wenn eine Mehrheit von Willensakten konstatierbar ist, die sämtlich von der gleichen Absicht getragen waren.[136]) Daraus folgt, daß auch hier eine Mehrheit erst abzuurteilender Handlungen (Willensakte) nicht erforderlich ist.[137])

Hälschner dagegen fordert für die Annahme der Gewerbsmäßigkeit das Vorliegen einer Mehrheit von Handlungen (Willensakten).[138])

---

[133]) Damit stellen wir uns nicht etwa in Widerspruch zu unserer Definition des gewohnheitsmäßigen Verbrechens; denn wenn wir zur Annahme eines solchen forderten, daß eine Mehrheit von Willensakten vorhanden sein müsse, durch deren Vornahme ein Hang zu weiteren Betätigungen verursacht sei, so betraf das die Behauptung, daß eine Mehrheit von Willensakten die Entstehungsfaktoren des gewohnheitsmäßigen Verbrechens bilden.

Genügt ein einzelner Willensakt diesem Erfordernis, ist er also durch einen Hang verursacht, der seinerseits durch widerholte Begehung erworben ist, so steht nichts im Wege, diesen als gewohnheitsmäßigen Willensakt zu bezeichnen, und wenn er zu einer Gesetzesverletzung geführt hat, ihn als gewohnheitsmäßiges Verbrechen zu werten. Es genügt also, daß eine einzige Handlung zur Aburteilung steht. cf. Olshausen a. a. O. § 260 N. 2 b. 260 N. 5 a. RG. 58, 20.

[134]) cf. Beling, Grundzüge 101.

[135]) RG. 58, 20.

[136]) cf. RG. 41, 110; RG. 58, 20; RG. 56, 326; RG. 8, 16; RG. 47, 397 (400); RG. 56, 55; v. Buri, G. S. 29, 55.

[137]) So die h. M. cf. v. Wächter: a. a. O. 461. v. Lilienthal: l. c. 45 ff. 49. Binding, Hdb. I, 550. Waldthausen, Goltd. Arch. 29, 410. Meyer-Allf. 235 Anm. 25. Wachenfeld 91. M. E. Mayer 172. v. Liszt a. a. O. 342 und N. 8. RG. Rspr. 1, 139; RG. 8, 16.

Er gibt zwar zu, daß unter Umständen eine Handlung ausreichen mag, um sie als gewerbsmäßig zu „bezeichnen“, aber er ist der Ansicht, daß eine einzige Handlung nicht ausreiche, um sie „als eine gewerbsmäßige zu bestrafen“, und zwar deshalb, weil der Grund ihrer Strafbarkeit nicht in einer kundgewordenen Absicht der Verübung weiterer derartiger Handlungen liege, sondern „nur“ in dem betätigten verbrecherischen Hang, der sich in einer Mehrheit von Handlungen als solcher bewährt hat.

Hälschner übersieht dabei offenbar, daß das Gesetz in einer ganzen Reihe von Fällen eine bestimmte Absicht ausdrücklich zum Tatbestandsmerkmal erhebt, so in den §§ 242, 263, 87, 146, 202. Bei diesen sog. Absichtsdelikten[139]) genügt zur Konstatierung einer Rechtsverletzung, also zur Begründung der Strafbarkeit, wie bei allen anderen Delikten, daß sämtliche Tatbestandsmerkmale erfüllt sind (genauer, daß die Gesetze verletzt sind); ihre Eigentümlichkeit besteht nur darin, daß eins der Tatbestandsmerkmale die bestimmte Absicht bildet. Es kommt daher lediglich darauf an, daß die bestimmte Absicht vorlag (es ist, theoretisch betrachtet, nicht einmal erforderlich, daß die Absicht kundgeworden ist — anders allerdings § 202 —, nur dürfte dann der dem Täter zu erbringende Beweis des Vorliegens der Absicht schwer zu führen sein). Wenn zur Strafbarkeit aber die einmalige Realisierung des Tatbestandes in den Fällen ausreicht, in denen das Gesetz die Absicht ausdrücklich zum Tatbestandsmerkmal erhebt, so ist nicht einzusehen, warum in den Fällen, wo es eine bestimmte Absicht stillschweigend fordert (wie durch das Wort gewerbsmäßig), zur Begründung der Strafbarkeit eine mehrfache Erfüllung des Tatbestandes eine Bewährung der Absicht durch mehrfache Betätigung erfordert werden soll.

Die Ansicht Hälschners bedingt daher in keiner Weise eine Aenderung unseres Ergebnisses.

c) Das geschäftsmäßige Delikt.

Ein geschäftsmäßiges Delikt ist ein solches, zu dessen Realisierung ein Willensakt oder ein Komplex von Willensakten erforderlich ist, der geschäftsmäßig vorgenommen wurde. Was haben wir unter einem geschäftsmäßigen Willensakt zu verstehen? Da das Gesetz auch diesen Begriff nicht definiert, müssen wir hier ebenfalls die Bedeutung ermitteln, die ihm der allgemeine Sprachgebrauch beimißt.

Der Ausdruck: geschäftsmäßig ist in Gegensatz zu stellen zu dem Ausdruck: gewerbsmäßig.

Nach der Auffassung des allgemeinen Sprachgebrauchs bedeutet geschäftsmäßig wie gewerbsmäßig eine bestimmte Absicht. Während aber bei der Gewerbsmäßigkeit die Absicht dahin ging, den Willensakt zu wiederholen und sich aus der wiederholten Begehung eine Einnahmequelle zu verschaffen,[140]) bedeutet Geschäftsmäßigkeit nach der Auffassung des allgemeinen Sprachgebrauchs die Absicht, sich den Willensakt zum Geschäft zu machen (cf. den Wortlaut des § 144), d. h. den Willensakt in der Weise zu wiederholen, daß Zeit und Mühe darauf ver-

---

[138]) cf. Hälschner: Deutsches Strafrecht I, 545/6 Anm. 3.
[139]) cf. Beling, Grdz., 10. Aufl. 51.
[140]) cf. RG. 58, 20. RG. 53, 59/60.

wendet wird.[141]) Im Gegensatz zur Gewerbsmäßigkeit ist also nicht erforderlich, daß die Absicht gerade auf Erwerb gerichtet ist; ist sie es aber im konkreten Fall, so schließt das noch nicht die Annahme der Geschäftsmäßigkeit aus;[142]) denn dann erschiene die Erwerbsabsicht lediglich als accidens.[143])

Während nach der hier vertretenen Ansicht zur Annahme der Geschäftsmäßigkeit lediglich die Absicht wiederholter Vornahme erforderlich ist, fordern John[144]) und Merkel[145]) die Absicht, durch die wiederholte Vornahme einen Vermögensvorteil zu erlangen.

John bemerkt, es entspräche dem Sinn des Gesetzes (§ 144), wenn man feststellte, der Angeklagte macht ein Geschäft daraus, die Auswanderung zu vermitteln. Gibt man das zu, dann erschiene es allerdings berechtigt, die Absicht, einen Vermögensvorteil zu erlangen, für begriffswesentlich zu halten; denn der Ausdruck: ein Geschäft machen wird im allgemeinen Sprachgebrauch auf eine Gewinn versprechende Handlung bezogen.[145a])

Allein die Voraussetzung, von der John ausgeht, ist eine m. E. unzulässige Außerachtlassung des Gesetzestextes. In § 144 heißt es nicht, wer ein Geschäft daraus macht, sondern: wer es sich zum Geschäft macht. Wenn John meint, es entspräche dem Sinn des Gesetzes, die Worte des Gesetzes in der von ihm angegebenen Weise zu ersetzen, so kann dem ebenfalls nicht zugestimmt werden. Wie Merkel l. c. richtig bemerkt, enthält das Unternehmen einer solchen Verleitung stets eine Richtung gegen die Freiheit des zu Verleitenden, weil „es dabei darauf abgesehen ist, ihn zu einer für die Gestaltung seiner gesamten Lebenslage entscheidenden Handlung zu bestimmen, welche unter den tatsächlich gegebenen Verhältnissen seinem wahren Willen widerstreitet“. Wenn das Gesetz daher eine solche Verleitung mit Strafe bedroht, so offenbar deshalb, weil es die Interessen der deutschen Auswanderer schützen will. Wenn das Gesetz andererseits nicht jeden, der Deutsche unter falschen Angaben zur Auswanderung verleitet, mit Strafe bedroht, sondern nur denjenigen, der es sich zum Geschäft macht — das ist nach der hier vertretenen Auffassung derjenige, der die Absicht hat, Mühe oder Zeit darauf zu verwenden — auch fernerhin Deutsche zu verleiten, so erscheint diese Einschränkung mit den Interessen, die das Gesetz schützen will, bereits schwer vereinbar; denn die Interessen

---

[141]) So h. M. cf. Olsh. a. a. O. § 144 N. 1. Frank a. a. O. § 74 V, 1, b. Binding: Lehrb. II, 2, 911. Binding: Hdb. I, 550. Gerland Vergl. Darst. Bes. T. 2, 480; Lehrb. 159. Hälschner, Deutsches Strafrecht II, 850 in Verb. m. I, 546. M.-Allf. 234. Schütze, Lehrb. 2. Aufl. 290 N. 40. Oppenhoff-Delius, Strafgesetzbuch, zu § 144 N. 1. Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch, zu § 144, N. 2. Groß, D.J.Z. 1906, 912 Anm. 1. v. Liszt, 3. Aufl. 227 (anders L.-Schm. 341). v. Schwarze, Kommentar z. Deutschen StGB. § 144 N. 1. Pfefferle a. a. O. 67.

[142]) cf. Hälschner, Deutsches Strafrecht I, 546.

[143]) cf. RG. 61, 53.

[144]) H. H. 3, 210.

[145]) Lehrb. 351.

[145a]) cf. Olsh. a. a. O. § 144 N. 1.

der Auswanderer werden dadurch nicht so berücksichtigt, wie es wünschenswert erscheint. Muß diese Einschränkung jedoch wegen der Formulierung des Gesetzes gemacht werden, so ist nicht einzusehen, weshalb die Auslegung des Gesetzes eine weitergehende Einschränkung erfahren soll, weshalb die Worte: wer es sich zum Geschäft macht, nicht in dem Sinn des allgemeinen Sprachgebrauchs aufgefaßt werden sollen, sondern durch die Worte: wer ein Geschäft daraus macht, ersetzt werden müssen. Dem Sinn des Gesetzes, wie John behauptet, entspricht es keinesfalls, ja man muß sogar sagen, es widerspricht dem Sinn des Gesetzes, da dadurch der Zweck der Vorschrift: Schutz der Interessen deutscher Auswanderer seltener erreicht wird als das Gesetz es offensichtlich erstrebt.

Mit John stimmt im Ergebnis Merkel[146]) überein, ohne jedoch eine Begründung für seine Ansicht zu geben, indem er apodiktisch behauptet: „das Gesetz berücksichtigt aber (wohl mit Unrecht) nur den ... Fall ..., wo bei dem Schuldigen die Absicht bestand ..., derartige Verleitungen zu einer Erwerbsquelle zu machen“....

Unsere Definition des geschäftsmäßigen Willensaktes bedarf, da die Behauptung Johns und Merkels sich als unberechtigt erwies, daher keiner Aenderung.

Wir gelangen somit auf Grund der Definition des geschäftsmäßigen Willensaktes zu der Realdefinition des geschäftsmäßigen Verbrechens: Ein geschäftsmäßiges Verbrechen ist ein solches, zu dessen Realisierung ein Willensakt oder ein Komplex von solchen erforderlich ist, der in der Absicht vorgenommen wurde, auf seine Wiederholung Zeit und Mühe zu verwenden.

Die Fragen, die uns bei der Erörterung des gewohnheitsmäßigen und gewerbsmäßigen Delikts entgegentraten, sind auch hier entsprechend zu beantworten.

So genügt zur Annahme eines geschäftsmäßigen Verbrechens bereits das Vorliegen eines Willensaktes, der geschäftsmäßig vorgenommen wurde; andererseits ist trotz Mehrheit der Willensakte ein einziges Verbrechen anzunehmen, falls jeder von ihnen geschäftsmäßig vorgenommen wurde und jeder den gleichen Tatbestand erfüllt. Zur Begründung sei auf die Ausführungen bei dem gewohnheitsmäßigen und gewerbsmäßigen Delikt verwiesen.[147]) Da dort, wo eine Mehrheit von Willensakten, die als Verwirklichung ein und derselben Absicht erscheinen, zu einer Einheit zusammengefaßt werden, eine Mehrheit von psychologisch unselbständigen Handlungen gegeben ist (sie sind Ausfluß ein und derselben Lebensauffassung), kommen wir zu dem Ergebnis, daß das Gesetz auch dort, wo es die Geschäftsmäßigkeit zum Tatbestandsmerkmal erhebt, der psychologischen Unselbständigkeit von Willensakten Beachtung zuerkennt, indem es ihre Gesamtwertung gebietet.

---

146) a. a. O. 351.

147) cf. auch die dort angegebene Literatur, insbesondere auch Hälschner, dessen Stellungnahme zu den hier angedeuteten Fragen die gleiche ist, wie bei dem gewohnheitsmäßigen und gewerbsmäßigen Delikt.

2) Das Kollektivdelikt in engerem Sinne.

a) Begriff und Erscheinungsformen.

Die eben erfolgte Zusammenstellung der Erscheinungsformen des Kollektivdelikts ergab drei Gruppen mit je zwei Unterarten (Einheit der Tatbestandsverwirklichung : Mehrheit der Tatbestandsverwirklichung). Betrachten wir die eben ermittelten Erscheinungsformen unter dem Gesichtspunkt der Einheit und Mehrheit der Tatbestandsverwirklichung, so ergeben sich zwei Gruppen:

Kollektivdelikte bei Einheit der Tatbestandsverwirklichung,
Kollektivdelikte bei Mehrheit der Tatbestandsverwirklichung,

je nachdem, ob ein Willensakt (oder ein Komplex von Willensakten) vorliegt, der eine Tatbestandsverwirklichung darstellt oder ob eine Mehrheit von Willensakten (oder mehrere Komplexe von Willensakten) feststellbar sind, von denen jeder für sich betrachtet, den Tatbestand bereits verwirklicht, wobei unerheblich ist, ob die Willensakte gewohnheitsmäßig, gewerbsmäßig oder geschäftsmäßig vorgenommen werden.

Von beiden Gruppen interessiert hier naturgemäß nur das Kollektivdelikt bei mehrfacher Tatbestandsverwirklichung; denn nur hier kann von einem Zusammentreffen mehrerer Gesetzesbestimmungen gesprochen werden.

Diese im folgenden zu betrachtende Gruppe von Kollektivdelikten wollen wir im Gegensatz zu den Kollektivdelikten mit einer Tatbestandsverwirklichung als Kollektivdelikt im engeren oder eigentlichen Sinne bezeichnen; denn nur sie trägt die Bezeichnung mit Recht.[148]) Die Erscheinungformen des Kollektivdelikts im engeren Sinne sind:

das gewohnheitsmäßige Delikt,
das gewerbsmäßige Delikt,
das geschäftsmäßige Delikt.

b) Das Wesen des Kollektivdelikts i. e. S. und der für dieses maßgebliche Bewertungsgrundsatz.

Die Erörterungen unter 1) hatten ergeben, daß die Mehrheit gleicher Tatbestandsverwirklichungen zu einer Einheit verbunden wurde, falls die Willensakte, die zur Realisierung der Tatbestände dienlich waren, entweder sämtlich geschäftsmäßig, oder sämtlich gewerbsmäßig, oder sämtlich gewohnheitsmäßig vorgenommen waren.

War auch der unmittelbare Grund der Zusammenfassung der allgemeine Sprachgebrauch, der eine Mehrheit so beschaffener Willensakte als Einheit wertet, so war der mittelbare, tiefere Grund dafür die psychologische Unselbständigkeit derartiger Willensakte. Denn mehrere Willensakte, die sämtlich gewohnheits-, gewerbs- oder geschäftsmäßig vorgenommen worden sind, erscheinen als „Ausfluß einer einheitlichen Lebensrichtung", können daher nur als solcher erklärt werden; ihre Einzelwertung erscheint psychologisch falsch, ihre Gesamtwertung psychologisch geboten. Indem der allgemeine Sprachgebrauch mehrere gleichartige Willensakte zusammenfaßt, falls sie einer einheitlichen Lebensrichtung entstammen, trägt er der psychologischen Tatsache Rechnung, daß derartige Willensakte,

---

[148]) so auch M.-Allfeld 235. M. E. Mayer, Lehrb. 173.

weil sie unselbständig sind, und weil sie als Teil eines einheitlichen Komplexes von Willensakten erscheinen, auch als solcher, also in ihrer Gesamtheit gewertet werden müssen.

Wir können daher das hypothetische Falls durch das kausale Weil ersetzen und kommen zu dem Ergebnis, daß in den Fällen des Kollektivdelikts i. e. S. die mehreren gleichartigen Willensakte deshalb zusammengefaßt werden, weil sie Ausfluß einer einheitlichen Lebensrichtung sind. Die einheitliche Lebensrichtung, das psychische Moment, muß als Ursache der Zusammenfassung bezeichnet werden; m. a. W. das Gesetz überträgt dem psychischen Moment dort, wo es dasselbe berücksichtigt, eine vereinigende (unierende) Funktion. Zugleich mit der vereinigenden überträgt das Gesetz dem psychischen Moment eine zweite Funktion, und zwar entweder eine strafbegründende oder straferhöhende (cf. § 144, § 259, § 260) und dieses mit Recht, denn derjenige, der einer Gewohnheit folgend mehrfach Willensakte vornimmt, die z. B. den Tatbestand der Hehlerei erfüllt, verdient eine härtere Strafe als derjenige, der es nur gelegentlich tut.

Das Wesen der Kollektivdelikte im engeren Sinne besteht daher in der Doppelfunktion, die dem psychischen Moment übertragen ist, d. h. in der Zusammenfassung mehrerer psychologisch unselbständiger gleichartiger Willensakte zu einem einheitlichen Ganzen unter gleichzeitiger Begründung, bezw. Erhöhung des Unwerturteils.

Aus dem Wesen des Kollektivdelikts ergibt sich, daß nicht alle unselbständigen Willensakte, die Ausfluß ein und derselben Lebensrichtung sind, zusammengefaßt werden dürfen, sondern nur gleichartige, so daß ungleichartige Willensakte, die, jeder für sich betrachtet, einen gesetzlichen Tatbestand verwirklichen, als mehrere selbständige Handlungen im Sinne von § 74 gewertet werden müssen, ohne Rücksicht darauf, daß sie der gleichen Lebensrichtung entstammen.[149]) Andererseits ist zu beachten, daß nur bestimmte Lebensrichtungen, nämlich Gewerbs-, Geschäfts- und Gewohnheitsmäßigkeit vom Gesetz beachtet werden und damit nur diesen die beiden oben genannten Funktionen übertragen sind; infolgedessen müssen alle diejenigen gleichartigen Willensakte, die zwar derselben Lebensrichtung entsprungen sind, aber keiner der ebengenannten, ebenfalls als selbständige Willensakte im Sinne von § 74 betrachtet werden. Endlich darf die psychologische Unselbständigkeit gleichartiger Willensakte, die der gleichen Gewohnheits-, Geschäfts- oder Gewerbsmäßigkeit entstammen, nicht in allen Fällen beachtet werden, sondern nur in denjenigen, die im Gesetz ausdrücklich genannt sind, und das ist bei einer relativ geringen Zahl von Delikten der Fall. Das mag de lege ferenda zu mißbilligen sein, de lege lata muß aber daran festgehalten werden; denn wenn das Gesetz die Gewohnheits-, Gewerbs- und Geschäftsmäßigkeit nur in einigen Bestimmungen berücksichtigt — und zwar nur in sehr wenigen — so hat es damit deutlich zum Ausdruck gebracht, daß ihre Berücksichtigung nur in diesen Fällen stattfinden soll und

---

[149]) Anderer Ansicht ist P. Merkel a. a. O. 310 ff., der die letztgenannten Fälle als ungleichartige konnexe Konkurrenz bezeichnet und mangels psychologischer Selbständigkeit der Willensakte ihre Eingliederung in die Realkonkurrenz für unzulässig erachtet.

folglich eine weitere Ausdehnung unzulässig ist. Wir sagten, die Gesamtwertung der mehreren Tatbestandsverwirklichungen sei für das Kollektivdelikt im engeren Sinne wesentlich. Die mehreren Tatbestandsverwirklichungen werden somit als eine Tatbestandsverwirklichung gewertet und dementsprechend auch die zur Realisierung der Tatbestandsverwirklichungen dienenden Willensakte. Man hat behauptet, daß trotz der Wertung als eine Tatbestandsverwirklichung mehrere selbständige Handlungen vorlägen.[150]) Dem muß nach unseren Darlegungen über den Begriff mehrerer selbständiger Handlungen[151]) widersprochen werden. Wir sagten, eine Mehrheit selbständiger Handlungen im Sinne des § 74 liege dann vor, wenn eine Mehrheit von Willensakten oder von Komplexen solcher gegeben sei, die, jeder für sich betrachtet, zur Realisierung eines gesetzlichen Tatbestandes dienlich ist. Dabei wurde eine Eigenschaft der Willensakte vorausgesetzt; sie mußten als einzelne betrachtet und bewertet werden können. Dadurch, daß das Gesetz aber das Kollektivdelikt anerkannt hat, gebietet es die Gesamtwertung und verbietet die Einzelwertung mehrerer Willensakte, d. h. die Willensakte, die zur Realisierung eines Kollektivdeliktes dienen, dürfen nicht als einzelne gewertet werden und können deshalb auch nicht als mehrere selbständige Handlungen im Sinne des § 74 bezeichnet werden.

Eine in der Natur der Sache liegende Einschränkung ist aber zu machen. Der Grund für die Zusammenfassung der mehreren Willensakte war ein psychologischer. Die Zusammenfassung ist daher nur insoweit berechtigt, als dieser psychologische Grund Beachtung verdient. Beachtung verdient er aber nur insoweit, als es sich darum handelt, das Verhalten des Täters zu beurteilen, der eine Mehrheit von Willensakten vorgenommen hat. Steht dagegen ein Willensakt einer Person zur Beurteilung, der sich als Teilnahmehandlung an einem einzelnen Willensakt des Täters erweist, so wäre die ausnahmslose Verurteilung des Teilnehmers wegen Teilnahme an dem ganzen Delikt unberechtigt, da sein Vorsatz sich nur auf Vornahme des einzelnen Aktes, an dem er teilgenommen hat, bezieht. Teilnahme an einer Einzelhandlung ist also nicht notwendig Teilnahme am ganzen Kollektivdelikt.[152]) In diesen Fällen erweist sich daher die Einzelwertung eines Willensaktes geboten. Aber dann geschieht es nicht zur rechtlichen Beurteilung des Verhaltens des Täters, sondern des Gehilfen. Der einzelne Willensakt erweist sich, als Bestandteil des Kollektivdelikts betrachtet, deshalb noch keinesfalls als selbständige Handlung. Aus der Feststellung, daß die mehreren zur Realisierung eines Kollektivdeliktes dienenden Willensakte nicht als mehrere selbständige Handlungen im Sinne des § 74 aufgefaßt werden können, ergibt sich, daß die Annahme der Realkonkurrenz zwischen mehreren gleichartigen Tatbestandsverwirklichungen, die sich als Kollektivdelikt darstellen, schon aus diesem Grunde unmöglich ist, denn für diese ist das Vorliegen mehrerer selbständiger Handlungen gerade wesentlich.[153])

---

150) so Pfefferle a. a. O. 65. RG. 56, 54. RG. in JW. 1922, 1682 (26. Mai 22).

151) Kap. III § 2, I, 1.

152) cf. RG. 17, 227/8. RG. 56, 326. (328).

153) cf. Olshausen a. a. O. § 73, N. 21 d. Pfefferle: a. a. O. 66: Binding:

Werden die mehreren Tatbestandsverwirklichungen als eine Tatbestandsverwirklichung gewertet, werden damit zugleich die zu ihrer Realisierung dienenden Willensakte als Einheit, als Gesamtheit gewertet, so müssen sie als eine und dieselbe Handlung betrachtet werden.[154] Denn Handlung ist die Gesamtheit von Willensakten, die zur Realisierung eines gesetzlichen Tatbestandes dienlich sind.

Daraus folgt, daß die in der Literatur des öfteren behandelte Frage, ob zwischen mehreren Willensakten, die den Tatbestand der gewohnheitsmäßigen Kuppelei (§ 180) und einem solchen, der zugleich den Tatbestand der schweren Kuppelei (§ 181) erfüllt, Realkonkurrenz anzunehmen sei,[155] zu verneinen ist,[156] und daß in diesem Fall vielmehr Idealkonkurrenz angenommen werden muß; denn es liegt eine und dieselbe Handlung vor, die mehrere Gesetze verletzt.

Aber noch eine zweite Folge müssen wir aus der Feststellung ziehen, daß in den Fällen des Kollektivdelikts i. e. S. die mehreren Tatbestandsverwirklichungen als eine Tatbestandsverwirklichung gewertet werden. Dadurch, daß das Gesetz trotz mehrfacher Tatbestandsverwirklichung nur die einmalige Anwendung des Tatbestandes gebietet, gibt es zu erkennen, daß durch die einmalige Anwendung der Sachverhalt seine volle rechtliche Würdigung erfährt; m. a. W. trotz mehrfacher Tatbestandsverwirklichung ist in den Fällen des Kollektivdelikts *nur eine Gesetzesverletzung* gegeben.

Das Kollektivdelikt im engeren Sinne hat daher seine systematische Stellung in der Gruppe: Konkurrenzformen bei Mehrheit bloßer Tatbestandsverwirklichungen, und da es sich um die Verwirklichung mehrerer gleicher Tatbestände handeln muß, in dem Unterfall dieser Gruppe: Konkurrenzformen bei Zusammentreffen mehrerer gleicher Tatbestandsverwirklichungen. Da in den Fällen des Kollektivdelikts i. e. S. nur eine Gesetzesverletzung gegeben ist, also trotz mehrfacher Verwirklichung desselben Tatbestandes dieser nur einmal angewendet werden darf, lautet der für die Konkurrenzform des Kollektivdelikts maßgebliche Bewertungsgrundsatz: *die Schuldigsprechung hat durch einmalige Anwendung des mehrfach verwirklichten Tatbestandes zu erfolgen.*

III. Das fortgesetzte Verbrechen.

1) Begriff.

a) Ermittlung des Begriffes; Berechtigung des fortgesetzten Deliktes.

Während das Gesetz der Tatsache, daß verschiedene Willensakte Ausfluß der gleichen Lebensrichtung und deshalb psychologisch unselbständig

---

Hdb. I, 551 N. 13. Ad. Merkel, H. H. 3, 749. Ad. Merkel, H. H. 4, 431. M.-Allfeld, 235. Villnow, Raub 103. v. Buri, Begünstigung und Hehlerei G. S. 29, 56. Waldthausen, G. A. 29, 410. A. M. v. Lilienthal: Beiträge z. Lehre v. d. Kollektivdelikten S. 58—63 gegenüber Binding l. c. -

154) RG. 41, 110.

155) cf. Pfefferle a. a. O. 65. RG. 6, 132.

156) cf. RG. 42, 203 unter gleichzeitiger Aufgabe der in RG. 6, 132 vertretenen Auffassung, cf. Olshausen § 181 N. 7. M.-Allf. 513, N. 44.

sind, wenigstens in einigen Gesetzesbestimmungen Beachtung schenkt, läßt es die Tatsache, daß die Einzelwertung verschiedener Willensakte, die dem gleichen Motiv entspringen, ebenfalls psychologisch bedenklich ist, völlig außer Acht. Aus der Nichterwähnung könnte man folgern, daß die Wertung solcher Willensakte als Bestandteile einer Gesamtheit, also ihre Gesamtwertung unzulässig sei, eine Folgerung, die tatsächlich gezogen wurde,[157]) indem man besonders hervorhob, daß die Motive diesen Fall, d. h. das sog. fortgesetzte Verbrechen, nicht erwähnten. Diese Folgerung kann gezogen werden, aber sie ist keinesfalls zwingend;[158]) denn mit dem gleichen Recht kann man aus der Nichterwähnung dieser Fälle die Absicht des Gesetzgebers folgern, durch gesetzliche Bestimmungen die wissenschaftliche Erforschung des sog. fortgesetzten Verbrechens nicht beeinträchtigen zu wollen. Wie die große Zahl wissenschaftlicher Werke beweist, deren Gegenstand das sog. fortgesetzte Verbrechen bildet, wird denn auch in der Wissenschaft im Schweigen des Gesetzes allgemein kein Hinderungsgrund für die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens gesehen und ist von der letztgenannten Folgerung ausgegangen worden.

Aus dem Schweigen des Gesetzes läßt sich mithin kein zwingender Schluß ziehen.

Es bleibt daher die Frage, ob mehrere Willensakte, die demselben Motiv entstammen, als einzelne oder als Teil eines einheitlichen Ganzen zu werten sind, zunächst unbeantwortet. Da die Beantwortung der Frage, wenn sie begründet sein soll, auf das Gesetz gestützt werden muß und das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung getroffen hat, müssen wir auf das Gesetz als Ganzes zurückgehen und untersuchen, ob die ausnahmslose Einzelwertung von Willensakten der vorgenannten Art mit den Prinzipien des Gesetzes vereinbar ist, die es für die Wertung von Willensakten aufstellt. In Betracht für unsere Untersuchung kommen die eben erörterten Fälle des Kollektivdelikts, denn hier hat das Gesetz zu der uns interessierenden Frage der Einzelwertung oder Gesamtwertung mehrerer psychologisch unselbständiger Handlungen Stellung genommen. Die Erörterungen des Kollektivdelikts hatten ergeben, daß dem psychologischen Moment, neben der vereinigenden eine straferhöhende bzw. strafbegründende Funktion übertragen wurde (cf. §§ 259:260 StGB.) Und wir hatten bereits hervorgehoben, daß die Uebertragung der straferhöhenden bezw. strafbegründenden Funktion zu Recht

---

[157]) cf. Ortloff, Goltd. A. 24, 422. Sachl. Uebereinst. auch Ortloff, Goltd. A. 32, 419. v. Lilienthal a. a. O. 61. Oppenhoff a. a. O. § 74 N. 3. (13. Aufl.; anders 14!)

[158]) Wachenfeld 109. Binding, Grundriß 144. RG. 18, 317, (320). RG. 22, 22, (28). Höpfner a. a. O. I, 265. Pfefferle a. a. O. 45. Stürenberg a. a. O. 13. RG. 4, 187. RG. 10, 53. RG. 9, 426. Berner 300. Finger, Lehrbuch I 374. v. Liszt, 339 N. 2. v. Wächter a. a. O. 293 v. Stemann, G. S. 34, 24. Oppenh.-Del. a. a. O. 14. Aufl., § 73 N. 3; Olsh. a. a. O. § 73 N. 6; Honig, Studien 61 f. Binding, Hdb. 1, 540/1 Anm. 3. Hälschner: Deutsches Strafrecht 1, 660. M.-Allf. 232. Ad. Merkel, Lehrb. 263 ff. Ad. Merkel, H. H. 2, 575 f. Ortmann, G. S. 26, 67 ff. Rathenau, Fortges. Verbr. 82. Rathenau, G. S. 56, 81.

geschah, da denjenigen, der Willensakte vornimmt, die ihre Ursache in einem durch wiederholte Uebung entstandenen Hang (Gewohnheitsmäßigkeit) haben, oder die als Gewerbs- bzw. geschäftsmäßig bezeichnet werden müssen, ein härterer Tadel trifft, als denjenigen, der es nur gelegentlich tut; m. a. W. das Verschulden des Ersteren ist größer als das des Letzteren.

Indem das Gesetz dem psychologischen Moment in den Fällen des Kollektivdelikts die straferhöhende Funktion überträgt, bringt es daher das Prinzip zum Ausdruck: dem schwereren Verschulden muß eine schwerere Strafe entsprechen oder in allgemeinerer Fassung: der Täter ist seinem Verschulden gemäß zu bestrafen. Während das Verschulden des Täters schwerer erscheint, wenn er eine Reihe von Willensakten vorgenommen hat, die in einer einheitlichen Lebensrichtung bestimmter Art ihre Quelle haben, als wenn er jeden auf Grund einer selbständigen Entschließung vorgenommen hätte, verdient derjenige, der ebenfalls eine Reihe von Willensakten vorgenommen hat, die aber sämtlich durch das gleiche Motiv veranlaßt wurden, geringeren Tadel, als wenn er durch verschiedene Motive, also selbständige Entschlüsse dazu veranlaßt worden wäre; m. a. W. sein Verschulden ist geringer. Die Einzelwertung solcher Willensakte bedeutete daher einen Widerspruch zu dem im Gesetz anerkannten Prinzip der Bestrafung des Täters seinem Verschulden gemäß.

Die dem vorgenannten Prinzip entsprechende Wertung solcher Willensakte kann daher nur die Gesamtwertung sein.

Wir kommen mithin zu dem Ergebnis: die ausnahmslose Einzelwertung von Willensakten, die dem gleichen Motiv entstammen, erweist sich sowohl psychologisch als auch juristisch fehlerhaft, und zwar psychologisch fehlerhaft, weil Willensakte, die in einem ihrer Elemente (Motiv) übereinstimmen, der Selbständigkeit, Unabhängigkeit entbehren, und daher ihre Einzelwertung diese Tatsache außer Acht ließe; juristisch fehlerhaft, weil dem Prinzip des Strafrechts widersprechend.[159])

Fehlerhaft wäre es aber auch, an die Stelle der ausnahmslosen Einzelwertung eine ausnahmslose Gesamtwertung treten zu lassen und zwar vorwiegend aus juristischen Gründen. Das Gesetz läßt da, wo es die psychologische Unselbständigkeit von Willensakten beachtet, d. h. bei dem Kollektivdelikt i. e. S. nur die Gesamtwertung von g e i c h a r t i g e n Willensakten zu, eine Einschränkung, die auch für die hier interessierende Gruppe von Konkurrenzfällen gelten muß;[160]) denn der Unwert der Tat mindert sich keinesfalls dadurch, daß man feststellt, daß die verschiedenen Willensakte, durch die Täter v e r s c h i e d e n e Gesetze, verschiedene Rechtsgüter verletzt hat, von dem gleichen Motiv getragen seien. (Beispiel: A will dem B Schaden zufügen und verleumdet ihn, bestiehlt ihn und beschädigt mehrere

---

[159]) Dörr a. a. O. 24/25 wendet sich dagegen, das fortgesetzte Verbrechen mit der geringeren Strafwürdigkeit zu erklären. Anderer Ansicht: Honig, Studien 113 ff. Kraushaar, Beitr. zur Lehre v. f. V. G. S. 12, 262. Rotteck, Konkurrenz d. Verbr. (1840) 36. Ad. Merkel, Zur Lehre vom f. V. 52. Berner, Grunds. d. preuß. St. R. 103. v. Buri, Einheit usw. 54/5. v. Buri, Kausalität 104. v. Liszt, Z. St. W. 1896, 497.

[160]) cf. Honig, Studien 137.

dem B gehörige Sachen.) Nur dann wird man sagen können, der Unwert der Tat mindere sich, wenn das Motiv auch jedesmal in derselben Weise gewirkt, also jedesmal zu dem gleichen Entschluß und zu der gleichen Willensbetätigung geführt hat, mithin wenn das gleiche Motiv gleichartige Willensakte verursacht hat.[161]) Psychologisch und juristisch zugleich erweist sich daher lediglich die Gesamtwertung gleichartiger, dem gleichen Motiv entstammender Willensakte geboten.

Da aber die Tatsache, daß das Gesetz durch keine ausdrückliche Bestimmung die Gesamtwertung solcher Willensakte anordnet, kein Hindernis bietet, sie dennoch vorzunehmen,[162]) andererseits ihre Gesamtwertung allein dem Prinzip des Gesetzes entspricht, müssen wir die Gesamtwertung solcher Willensakte für gesetzlich notwendig erklären. Es sind also nicht nur Billigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen, die zur Gesamtwertung dieser Willensakte führen, wie meist behauptet wird.[163]) Wir gelangen somit zu folgender Definition:

Ein fortgesetztes Verbrechen ist dasjenige Verbrechen, zu dessen Realisierung eine Mehrheit gleichartiger Tatbestandsverwirklichungen erforderlich ist, die ihrerseits auf Willensakten beruhen, welche dem gleichen Motiv entstammen.

b) Erläuterung der Begriffsmerkmale.

aa) Zur Annahme eines fortgesetzten Verbrechens ist mithin einerseits erforderlich, daß eine Mehrheit von Willensakten gegeben ist, die demselben Motiv entstammen. Es muß also das gleiche Motiv mehrmals aufgetreten sein, d. h. ein Ereignis oder Zustand der Außenwelt muß vorhanden gewesen sein, auf die sich die motivierende Vorstellung bezog; die gleiche Gelegenheit muß sich mehrmals geboten haben.[164])

Muß aber ein und dieselbe Gelegenheit die mehreren Willensakte verursacht haben, dann muß zwischen ihnen ein Zusammenhang bestehen, sie müssen als mehrfache Ausnutzung dieser Gelegenheit erscheinen.[165]) Damit ist aber keinesfalls gesagt, daß eine Kontinuität erforderlich wäre, sei es eine örtliche, sei es eine zeitliche. Treffend bemerkt Doerr[166]) „Es bleibt sich gleich, ob der Bediente den Offizier in mehreren Garnisonsorten oder nur in einer Garnison fortgesetzt bestiehlt" und[167]) „Eine gewisse relative Diskontinuität der Akte ist es in der Hauptsache sogar, was die fortgesetzte Handlung von einem einzigen (ununterbrochenen) Tun, das fortgesetzte vom Einzeldelikt . . . unterscheidet".[168])

---

[161]) cf. M. E. Mayer Lehrb. 166. Honig, Studien 137.
[162]) cf. RG. 44, 222.
[163]) cf. M. E. Mayer, Lehrb. 167. Honig, Studien 66 (prozessuale Gründe). Sauer, Grundlagen d. Strafr. 493.
[164]) Honig, Studien 137. M. E. Mayer, Lehrb. 167; Verh. 28. J—tg. 1, 156/7. v. Bar: a. a. O. 3, 586. Frank: a. a. O. § 74 V 2, c, β. Kohler, Begriff der fortg. Missetat, Goltd. A. 53, 149 auch M.-Allf. 233.
[165]) Honig, Studien 139/140.
[166]) Das fortges. Verbr. 173.
[167]) a. a. O. 174.
[168]) cf. auch Sauer a. a. O. 494.

Daß die Kontinuität als Beweismittel für die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens erheblich sein kann und ist, soll nicht bestritten werden; worauf es uns hier ankommt, ist aber die Feststellung, daß sie nicht begriffswesentlich ist.[169])

bb) Zur Annahme eines fortgesetzten Verbrechens ist andererseits eine Mehrheit gleicher Tatbestandsverwirklichungen notwendig.[170])

Es muß also durch jeden der mehreren Willensakte der gleiche Tatbestand verwirklicht sein,[171]) sodaß die Gesamtwertung zweier Willensakte, von denen der eine einen Tatbestand verwirklicht, der sich gegenüber dem anderen als qualifizierter darstellt, unzulässig ist. Eine solche Gesamtwertung müßte entweder als unvollständige oder unrichtige bezeichnet werden. Ein Beispiel mag das zeigen:

Wenn der Täter durch eine Mehrheit von Willensakten, die demselben Motiv entstammen, mehrfach den Tatbestand des § 242, einmal aber auch den des § 243 verwirklicht, so würde die Gesamtwertung dieser Willensakte auf Grund nur des § 242 als unvollständig bezeichnet werden müssen, da von den rechtlich relevanten Tatsachen des Faktums die bei dem Einbruch erfolgte Sachbeschädigung (243) nicht mitberücksichtigt würde.

Würde die Schuldigsprechung dagegen lediglich auf § 243 beruhen, so müßte das Urteil ebenfalls als unrichtig bezeichnet werden, da es auf einer falschen Voraussetzung beruhte: der Täter hat nur einmal den Tatbestand des schweren Diebstahls verwirklicht und nicht etwa fortgesetzt! Eine Gesamtwertung dieser Willensakte erweist sich daher als unzulässig.[172])

Dennoch wird vielfach angenommen, es sei für ausreichend zu erachten, daß die einzelnen Willensakte sich in der „durch den ersten Akt bestimmten Delikts*art* oder *Gattung* ... bewegen".[173])

---

[169]) Im Ergebnis übereinstimmend: Rathenau G. S. 56, 134, RG. 22, 237. Frhr. von Bülow, G. S. 59, 181, RG. 51, 233. H. Meyer 428 anders M.-Allf. 386. Olshausen a. a. O. § 73 N. 8 a. — Anderer Ansicht: Oppenhoff a. a. O. § 74 N. 3. Farnbacher, Der Begriff des f. V. (1896) 28. Neuburger, Das f. V. nach der Rspr. d. deutsch. RG. 16. RG. 9, 346, 428. RG. 15, 25/6. RG. 55, 130 (135). RG. 10, 53 (55). RG. 10, 205. Schmidt, Bl. f. R. A. 63, 15. van Calker, a. a. O. 85. RG. 18, 320 R. 27, 20.

[170]) So Beling L. v. V., 367; vergl. aber Höpfner: a. a. O. I, 79, Anm. 13.

[171]) So Berner, Grundſ. 101. Berner, Lehrbuch 9. Aufl. (1877) 301. v. Liszt a. a. O. 339 f. Schwarze, Goltd. Arch. 8, 436. Stemann, G. S. 24 (44). Rathenau, Zur Lehre v. f. V. (1896) 49 ff., 76 ff. Rathenau, G. S. 56, 105. Schmidt, Bl. f. RA. 63, 150. M. E. Mayer, Lehrb. 168. Beling, L. v. V. S. 341. Gerland 158 u. viele andere.

[172]) Anderer Ansicht RG. 31, 150/1; 43, 219/20.

[173]) So Doerr 164. Im gleichen Sinne: M.-Allf. 386 Anm. 11. Binding, Hdb. I, 546. Binding, Normen IV, 2, 613. Farnbacher a. a. O. 27. Olshausen a. a. O. § 73, 8 b. Frhr. v. Bülow, G. S. 59, 182. Becher, J. Monatsschr. I, 1891, 169. Honig, Studien 137.

Ueber das Erfordernis der Gleichartigkeit der Tatbestandsverwirklichung hinauszugehen und Gleichartigkeit der Begehungsweise als Begriffsmerkmal[174]) zu fordern,[175]) erscheint mir unzulässig, da es mit dem im Gesetz allgemein geltenden Grundsatz der „Fungibilität der Willensbetätigungen"[176]) im Widerspruch steht und das Gesetz dort, wo es eine Gesamtwertung von Willensakten vorschreibt, nämlich bei dem Kollektivdelikt, an diesem Grundsatz festhält.[177])

cc) A) In dem Erfordernis der Gleichartigkeit der Tatbestandsverwirklichung liegt das Erfordernis der Gleichartigkeit des Rechtsgutes, aber nur die des abstrakten, besser des generellen.

Liegt Identität des konkreten Rechtsgutes vor, so wird die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens keineswegs beeinträchtigt, ja vielmehr erleichtert, falsch aber ist es, die Identität des konkreten, besser des speziellen Rechtsgutes für erforderlich zu halten, sei es allgemein, so Feuerbach,[178]) sei es für einzelne Fälle, wie das R. G. bei höchstpersönlichen Rechtsgütern.[179])

B) In der Auffassung des Reichsgerichts, bei den höchstpersönlichen Rechtsgütern komme es auf die Identität des konkreten Rechtsgutes an, liegt eine ungerechtfertigte Inkonsequenz. Das bedarf näherer Begründung.

Das Reichsgericht vermeidet zwar vielfach, als Voraussetzung für die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens ausdrücklich, Einheit des konkreten Rechtsgutes zu fordern, so in R. G. 10, 53, wo es heißt, die Ehre verschiedener Personen könne nicht als das nämliche Rechtsgut angesehen werden; ähnlich R. G. 27, 20: der besondere Charakter solcher Rechtsgüter, die nur in der Person ihres Trägers verletzt werden können, schließe begrifflich die Möglichkeit aus, eine Identität des Rechtsgutes anzunehmen, weil dasselbe in der Person verschiedener Individuen den Gegenstand des Angriffs bilde. Dahin gehöre das Leben, die Freiheit, die Ehre, auch die körperliche Integrität des Menschen. Offensichtlich aber ist hier unter Rechtsgut das konkrete gemeint. In anderen Entscheidungen wird auf den Gegensatz von abstraktem und konkretem Rechtsgut deutlich hingewiesen.[180])

---

174) Daß es als Indiz brauchbar ist, soll nicht bestritten werden.
175) M. E. Mayer a. a. O. 168. v. Liszt a. a. O. 339.
176) cf. M. E. Mayer a. a. O. 115 (cf. auch Beling, L. v. V. 232).
177) cf. v. Woringen, Ueber den Begriff des f. V. 31 ff. 44.
178) Lehrbuch § 128 a Anm. 5.
179) cf. RG. 10, 53 (55). 4, 188. 44, 223. 53, 274. R. Mil. G. 6, 221. R Mil. G. 12, 236.
RG. 57, 163. 55, 134. 56, 323. 57, 140. 190, 367. 59, 99, 262.
v. Liszt § 55, II, 1. Binding, Hdb. 531. Olsh. a. a. O. § 73, 8 a. Berner (17.) 299. Berner (18.) 306. Hälschner, Gem. Str. I, 661. H. Meyer 428. M.-Allf. 257, A. 9. Ortmann G. S. 26, 77. Rathenau. G. S. 56, 130. Neuburger a. a. O. S. 13. Farnbacher: a. a. O. S. 25. Frank a. a. O. § 74 V 2 c β. Lobe a. a. O. S: 82: Honig. Studien 112. Einheitlichkeit des Rechtsgutes (weder des konkreten noch des abstrakten) hält Sauer a. a. O. 494 nicht für wesentlich. cf. auch Höpfner a. a. O. I, 241.
180) cf. RG. 43, 134. 44, 223.

Wenn das Reichsgericht nun dort, wo beispielsweise der Täter, durch die gleiche Gelegenheit veranlaßt, mehrfach den Tatbestand des Mordes verwirklicht, also mehrere Menschen tötet, die Identität des verletzten Rechtsgutes ablehnt, während es dort, wo der Täter durch die gleiche Gelegenheit veranlaßt, mehrfach den Tatbestand des Diebstahls verwirklicht, er stiehlt Sachen, die verschiedenen Eigentümern gehören), Identität des Rechtsgutes annehmen würde, so versteht es unter Rechtsgut in dem zuletzt genannten Fall ein Abstraktum oder richtiger ein Genus (Rechtsgut beim Diebstahl ist generell d a s Eigentum, nicht das spezielle des A, B oder C).[181]

In dem zuerst genannten Falle versteht es dagegen unter Rechtsgut ein Konkretum, besser eine Spezies (Rechtsgut beim Morde ist n i c h t generell d a s Leben, sondern ein spezielles, das Leben des A, des B, des C, kurz, das Leben jedes einzelnen Menschen).[182]

Ist diese Auffassung des Reichsgerichts berechtigt?, oder als Doppelfrage formuliert:

1) Wird in den Tatbeständen, die ein sog. höchstpersönliches Rechtsgut schützen wollen, dieses Rechtsgut nur als Konkretum oder auch als Abstraktum geschützt?
2) Wird in denjenigen Gesetzesbestimmungen, die ein nicht höchstpersönliches Rechtsgut zum Gegenstand haben, dieses Rechtsgut nur als Abstraktum, also nur als generelles Rechtsgut geschützt?

Um diese Frage zu beantworten, müssen wir zurückgehen auf die Frage, w a s i s t u n t e r e i n e m R e c h t s g u t z u v e r s t e h e n ?

Ganz allgemein kann man sagen: Rechtsgut ist das Objekt, das durch eine bestimmte Gesetzesbestimmung geschützt werden soll.[183] Damit ist aber wenig gewonnen; denn wir können daraus nichts darüber entnehmen, ob es als ein generelles oder als ein spezielles geschützt wird. Wir müssen zu diesem Zwecke untersuchen, welches der gesetzgeberische Grund dafür ist, bestimmten Objekten strafrechtlichen Schutz zu verleihen.

Das geordnete Zusammenleben in einem Staate setzt Rücksichtnahme der einzelnen zu diesem Staate zusammengeschlossenen Individuen auf gewisse gegenseitige Interessen voraus. Der Staat muß daher zu seiner S e l b s t e r h a l t u n g fordern, daß bestimmte, für das Zusammenleben wesentliche Interessen beachtet werden.[184] Er tut es, indem er die Verletzung der Interessen, die ihm dafür wesentlich scheinen, mit Strafe bedroht. Das Mittel dazu sind die Gesetze, die Rechtsordnung, deren Funktion in der Anerkennung von Interessen besteht.[185] Das Recht schafft eine Gruppe

---

181) cf. Binding, Hdb. 532. cf. RG. 17, 113.

182) cf. Binding l. c. 532.
cf. Binding l. c. 532. Gleicher Ansicht Binding, Hdb. I, 531 ff.: Objekt der Tötung . . . nicht d a s Leben, sondern e i n L. Objekt der Unterschl. d a s fremde Eigentum.

183) cf. Doerr, Das fortgesetzte Verbrechen 109.

184) cf. Ad. Merkel, Lehrb. 178. Ullmann, G. S. 34, 35. Oetker, Z. St. W. 17, 529. M.-Allfeld 15.

185) cf. M. E. Mayer, Lehrb. 21. Doerr, Das fortgesetzte Verbrechen 110: Welche und wessen Interessen rechtlich anerkannt und geschützt werden sollen, dies zu entscheiden, ist Sache des Gesetzgebers; welche Inter-

rechtlich geschützter Interessen, die wir kurz Rechtsgüter nennen können.[186]) Indem nun der Staat die individuellen Interessen mit rechtlichem Schutz ausstattet, erhebt er sie zugleich zu rechtlich geschützten Interessen der Allgemeinheit, d. h. zu speziell staatlichen Interessen.

Das Wesen dieser Rechtsgüter besteht somit darin, daß sie speziell und generell geschützte Interessen darstellen. Speziell insofern, als sie Schutz eines individuellen Interesses, generell insofern, als sie Schutz eines Interesses der Allgemeinheit, des Staates bedeuten.

Neben diesen (mittelbaren) staatlichen Interessen gibt es aber auch Interessen, die sich als unmittelbare Interessen des Staates darstellen, also als Interessen, durch deren Anerkennung nicht Belange der einzelnen Individuen, sondern unmittelbare Interessen des Staates selbst geschützt werden sollen. (Vergl. die Bestimmungen über Landes- und Hochverrat). Während die erstgenannte Gruppe von Rechtsgütern sich dadurch kennzeichnete, daß sie als spezielle und generelle zugleich geschützt wurden, werden die zu der zweitgenannten Gruppe gehörenden Rechtsgüter lediglich als generelle geschützt.

Beide Gruppen von Rechtsgütern sind also, — seien es unmittelbare, seien es mittelbare — staatliche Interessen, denen Rechtsschutz verliehen wird.[187]) Es gibt somit Rechtsgüter, die als generelle und spezielle zugleich und Rechtsgüter, die nur als generelle geschützt werden, nicht aber Rechtsgüter, denen lediglich als spezielle Rechtsschutz zuteil wird.[188])

Zur Verdeutlichung dieser allgemeinen Erörterungen sollen zwei Beispiele dienen, aus denen sich ergeben wird, daß die Auffassung des

---

essen . . . demnach als Rechtsgüter geschützt sind, ergeben nur die einschlägigen Gesetzesbestimmungen . . . R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht S. 10: Zweck des Rechts ist es, durch seine Abgrenzung der Machtgebiete die für begründet erachteten menschlichen Lebensinteressen zu schützen, schädliche Machtäußerungen aber abzuwehren.

[186]) cf. M. E. Mayer l. c. 21. v. Liszt a. a. O. S. 4.

[187]) cf. Binding, Normen 1, 358. Hegler, Vergleichende Darstellung Bes. T. VII 406. Hegler, Z. St. W. 36, 27 ff. cf. auch RG. 22, 250 (252).

[188]) Doerr (l. c. 111) meint dagegen, es gäbe Schutzobjekte, die als Rechtsgüter des einzelnen oder eines größeren Personenkreises, der Gesamtheit, anzusehen sind, jedoch unterscheidet er nicht — wie das Reichsgericht — danach, ob es ein höchstpersönliches oder ein nichthöchstpersönliches ist, sondern er erklärt die Beschaffenheit des Angriffsobjekts für maßgeblich. „Das Objekt muß so beschaffen sein, daß die Einzelakte nur Teile eines Ganzen verletzen, es muß die Möglichkeit einer in Teilakten auszuführenden Verletzung, einer Verletzung in quantitativ größerem oder geringerem Umfang, also auch in quantitativen Abschnitten bieten".
Auch er nimmt an, daß das Leben nur als spezielles Rechtsgut geschützt sei und kommt, wenn auch mit anderer Begründung l. c. somit zu dem gleichen Ergebnis wie das Reichsgericht; denn die Angriffsobjekte, bei denen die Möglichkeit einer in Einzelakten auszuführenden Verletzung nach seiner Ansicht nicht besteht, sind die sog. höchstpersönlichen Rechtsgüter. Unsere Stellungnahme zu der Ansicht des RG. muß daher entsprechend für die von Doerr gelten.

Reichsgerichts, die höchstpersönlichen Rechtsgüter würden nur als spezielle geschützt, die nichthöchstpersönlichen als generelle, unrichtig ist.

Nehmen wir als Beispiel für ein höchstpersönliches Rechtsgut das Leben, als Beispiel für ein nichthöchstpersönliches das Eigentum.

Wenn z. B. durch §§ 211/212 StGB. das Leben geschützt wird, so erkennt die Rechtsordnung damit unzweifelhaft zunächst unmittelbar das Interesse des einzelnen Menschen, also ein spezielles Interesse an; mittelbar aber, und das kann ebenfalls nicht bezweifelt werden, wird damit zugleich das Interesse des Staates, der Allgemeinheit anerkannt und zwar als Interesse, das sich auf das Leben aller bezieht; denn das Interesse des Staates richtet sich nicht darauf, zu verhindern, daß das Leben eines individuellen Menschen vernichtet werde, sondern darauf, daß überhaupt nicht das Leben von Menschen vernichtet werde; es ist also kein spezielles, sondern ein generelles Interesse.[189] Daß ein solches generelles Interesse des Staates besteht, wird besonders deutlich aus § 216. Auch hier ist das Leben das rechtlich geschützte Interesse und zwar nicht, wie in § 211 und § 212, als generelles und spezielles zugleich, sondern m. E. lediglich als generelles, als Interesse des Staates, das sich darauf bezieht, zu verhindern, daß das Leben von Menschen überhaupt vernichtet werde; denn die Annahme eines speziellen Interesses, dem durch diese Vorschrift Schutz verliehen werden sollte, wäre eine Verkennung der Tatsachen, da ja der Getötete durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen deutlich zu erkennen gegeben hat, an seinem Leben „kein Interesse“ zu haben. Den strafrechtlichen Schutz auf ein Interesse zu beziehen, das garnicht vorhanden ist, das fingiert werden müßte, ist aber ein Widersinn. Der strafrechtliche Schutz, den diese Bestimmung dem Leben gewährt, kann daher nur auf das generelle Interesse des Staates bezogen werden.[190]

Das höchstpersönliche Rechtsgut des Lebens wird somit nicht nur als spezielles, sondern meist als spezielles und generelles zugleich, im Falle des § 216 sogar nur als generelles geschützt.[191] Was für Rechtsgut des Lebens gilt, gilt entsprechend für alle anderen höchstpersönlichen Rechtsgüter, wie Ehre, Freiheit, Körperintegrität. Es gilt aber auch für die nicht höchstpersönlichen Rechtsgüter, z. B. für das Eigentum.

Wenn z. B. § 242 StGB. das Rechtsgut des Eigentums schützt, so wird unmittelbar das Interesse des Eigentümers anerkannt, daß die ihm gehörige Sache nicht gestohlen werde, also das spezielle Interesse; zugleich wird aber dadurch das Interesse des Staates anerkannt, das sich generell auf das Eigentum bezieht; denn der Staat hat weniger ein Interesse daran, das Eigentum einer individuell bestimmten Person zu schützen, sein Interesse bezieht sich vielmehr darauf, zu verhindern, daß überhaupt gestohlen werde,[192] sein Interesse ist also nicht speziell, sondern generell.

---

[189]) cf. Höpfner a. a. O. 238.

[190]) Der Unterscheidung von veräußerlichen und unveräußerlichen Rechtsgütern bedarf es daher nicht, um die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen zu begründen. cf. v. Liszt, Vergl. Darst. Bes. T. V, 130.

[191]) cf. auch Honig, Einwilligung des Verletzten S. 15.

[192]) cf. Höpfner a. a. O. 238.

Als Ergebnis können wir daher feststellen: Sowohl aus allgemeinen Erwägungen wie aus den angeführten Beispielen ergibt sich, daß überall dort, wo der Gesetzgeber Rechtsgüter schützt, die sich nicht lediglich als unmittelbare Interessen des Staates darstellen, diesen sowohl als Interessen eines bestimmten Individuums, wie als generellen Interessen des Staates Schutz zuteil wird, sodaß bei der Frage der Einheit des Rechtsgutes die Unterscheidung von höchstpersönlichen und nicht höchstpersönlichen als unerheblich bezeichnet werden muß.

Wenn das R. G. 10, 55 sagt, bei Beleidigungen überwiege die Individualität des Beleidigten derart, daß die Ehre verschiedener Personen nicht als dasselbe Rechtsgut angesehen werden könne, so macht es die Frage: wird das Rechtsgut als spezielles oder generelles geschützt, davon abhängig, welches Interesse überwiege, und entscheidet sich bei den höchstpersönlichen für die erstere Annahme, denn „Ziel und Gegenstand des Schutzes" lägen hier lediglich in der Person des Trägers.[193] Es nimmt also an, daß der Staat, wenn er dem Rechtsgüt der Ehre Rechtsschutz verleiht, dieses weniger tut, um die Ehre als generelles Rechtsgut zu schützen, als vielmehr, um der Ehre einzelner, bestimmter Personen Schutz zu verleihen, daß Schutz der Ehre des Einzelnen Ziel der Gesetzesbestimmung sei. Darin liegt allerdings etwas Richtiges. Auch § 374 StPO. bringt einen ähnlichen Gedanken zum Ausdruck, indem er die Beleidigung (wenn auch nicht allgemein, so doch in den meisten Fällen) zum Gegenstand einer Privatklage macht. Aber, und das bedarf besonderer Betonung, durch § 376 StPO. erfährt § 374 eine Einschränkung: Die im § 374 genannten Fälle können nicht stets Gegenstand lediglich einer Privatklage sein, vielmehr nur dann, wenn ein öffentliches Interesse an der Klageerhebung nicht vorliegt. Wäre § 376 nicht vorhanden, so wäre man allerdings berechtigt, in § 374 eine sich aus dem Gesetz ergebende Bestärkung der Ansicht des R. G. zu sehen; man wäre berechtigt, zu sagen, dadurch, daß § 374 Z. 2 bestimmte Fälle der Beleidigung als nur mittels der Privatklage verfolgbar erklärt, gibt der Gesetzgeber deutlich zu erkennen, daß ihm bei dem Erlaß der im § 374 genannten Gesetzesbestimmungen, die das Rechtsgut Ehre zum Gegenstand haben, der Gedanke geleitet habe, lediglich das spezielle Interesse des Einzelnen zu schützen, daß Ziel des Schutzes lediglich in der Person des Trägers und nicht zugleich außerhalb derselben liege; denn sonst hätte er die Verfolgbarkeit nicht vom Belieben des Einzelnen abhängig gemacht. Allein die Einschränkung, die sich aus § 376 ergibt, bringt eine andere Auffassung des Gesetzgebers zum Ausdruck. Wenn danach Beleidigung von Amtswegen verfolgbar wird, wenn sie im öffentlichen Interesse liegt, so erhellt daraus, daß der Staat an dem Schutz der Ehre auch ein allgemeines, generelles Interesse hat. Ziel des Schutzes liegt daher nicht nur in der Person des Trägers, sondern zugleich außerhalb derselben. Wenn der Gesetzgeber also in bestimmten Gesetzesbestimmungen das Rechtsgut der Ehre schützt, so geschieht es zur Wahrung beider Interessen, sowohl des speziellen Interesses des bezw. der Einzelnen, das sich auf den Schutz ihrer Ehre bezieht, als auch des generellen Interesses des Staates an der Verhinderung der Störung der öffentlichen Ordnung durch Geltendmachung gegenseitiger Mißachtung.

---

[193]) cf. RG. 43, 134.

Es soll nun keinesfalls bestritten werden, daß in vielen konkreten Fällen der Beleidigung ein öffentliches Interesse an der Verfolgung fehlen kann. Das berechtigt aber nicht zu dem Schluß, daß der Gesetzgeber bei der Aufstellung der abstrakten Gesetzesbestimmungen die Ehre als generelles Rechtsgut nicht habe schützen wollen. Man muß vielmehr sagen, gerade daraus, daß die Privatklage nicht erhoben werden soll, wenn ein öffentliches Interesse besteht, ergibt sich, daß der Gesetzgeber, der Staat, ein von den individuellen Interessen abweichendes, generelles Interesse an dem Schutz der Ehre hat.

Mag nun auch in den Fällen der Beleidigung ein überwiegendes Interesse des Einzelnen, des Verletzten gegeben sein, ein stärkeres spezielles Interesse, so berechtigt das noch keinesfalls dazu, das generelle Interesse des Staats zu ignorieren.

Wenn das RG. also aus der Tatsache, daß die Individualität des Einzelnen, des Verletzten, überwiege, folgert, die Ehre von verschiedenen Personen könne nicht als dasselbe Rechtsgut angesehen werden, so ist gewiß richtig, daß die Ehre verschiedener Personen nicht als dasselbe konkrete Rechtsgut (spezielle Rechtsgut) angesehen werden kann, unrichtig ist aber, zu behaupten, es könne die Ehre verschiedener Personen nicht als dasselbe abstrakte Rechtsgut angesehen werden. Dieses ist offenbar vom RG. übersehen.

Was für das Rechtsgut der Ehre gilt, gilt entsprechend für alle anderen sog. höchstpersönlichen Rechtsgüter: Wenn der Gesetzgeber ein Rechtsgut schützt, das nicht lediglich ein unmittelbares Interesse des Staates darstellt, so geschieht es, weil er die Interessen der Einzelnen u n d s e i n Interesse schützen will.

Wenn von anderer Seite als Grund für die Annahme, daß die höchstpersönlichen Rechtsgüter als spezielle geschützt werden, die Unübertragbarkeit dieser Rechtsgüter angeführt wird,[194]) so ist zwar die Richtigkeit der Tatsache unbestreitbar, daß die sog. höchstpersönlichen Rechtsgüter unübertragbar sind, aber es ist nicht einzusehen, warum daraus gefolgert werden muß, daß sie deshalb nur als spezielle geschützt werden.[195]) An unserem Ergebnis muß daher festgehalten werden: Die Rechtsgüter, die (unmittelbare) individuelle Belange betreffen, werden sowohl a l s s p e z i e l l e als auch a l s g e n e r e l l e geschützt; die Unterscheidung von höchstpersönlichen und nichthöchstpersönlichen Rechtsgütern ist daher für die Frage der Identität des Rechtsgutes belanglos..[196]) Andererseits ist es ungenau zu sagen, zur Annahme eines fortgesetzten Verbrechens sei schlechthin Identität des Rechtsgutes erforderlich, denn spezielles und generelles Rechtsgut sind durchaus nicht identisch.

---

[194]) cf. Bünger, Z. St. W. 8, 674. Schütze, Z. St. W. 3, 61. Ortmann, Goltd. Arch. 35, 32.

[195]) cf. Höpfner I, 238.

[196]) cf. R. v. Hippel a. a. O. S. 15: „Denn letzten Endes berührt jede Verletzung privater Interessen auch diejenigen der Gesamtheit und umgekehrt.“

Die Frage muß daher lauten:

Ist zur Annahme eines fortgesetzten Verbrechens Identität des konkreten oder nur Identität des abstrakten Rechtsgutes erforderlich?

Wenn das Reichsgericht einerseits bei höchstpersönlichen Rechtsgütern die Zahl der Personen entscheiden läßt, also für diese Fälle Identität des konkreten (und damit zugleich des abstrakten) Rechtsgutes fordert, andererseits bei den nicht höchstpersönlichen Rechtsgütern die Zahl der Rechtsträger für unerheblich erklärt, also für diese Fälle lediglich Identität des abstrakten, generellen Rechtsgutes verlangt, so liegt darin eine Inkonsequenz. Diese Inkonsequenz ist aber zugleich unberechtigt, da in den Fällen, wo mehrfach dasselbe generelle Rechtsgut verletzt ist, die mehrfache Verletzung des konkreten Rechtsgutes ignoriert wird, — denn, wie v. Hippel l. c. treffend bemerkt, berührt die Verletzung privater Interessen zugleich die der Gesamtheit und umgekehrt! — und da bei einem der sog. höchstpersönlichen Rechtsgüter, dem Leben, der Schutz lediglich das generelle betreffen kann, nämlich wenn der Tatbestand der Tötung auf Verlangen (§ 216) vorliegt.

Entweder müßte das Reichsgericht in allen Fällen Identität des konkreten Rechtsgutes fordern oder in keinem.

Fordert man aber in allen Fällen des fortgesetzten Verbrechens Identität des konkreten Rechtsgutes (indem man § 216 und alle anderen Fälle, in denen lediglich ein unmittelbares Interesse des Staates verletzt ist, vielleicht als Ausnahme wertet), dann nähme man dem fortgesetzten Verbrechen fast jede praktische Bedeutung[197]) und verstieße gegen das Prinzip des Gesetzes: Bestrafung nach dem Maß des Verschuldens; dann würde derjenige, der mehrere Sachen stiehlt, weil er durch die gleiche, sich mehrmals bietende Gelegenheit dazu veranlaßt wurde, wegen mehrerer Diebstähle bestraft werden müssen, genau wie derjenige, der die Sachen entwendet hat, ohne daß ihm dieselbe mehrfach auftretende Gelegenheit dazu Veranlassung gegeben hätte, obgleich den Täter im ersten Fall ein geringerer Tadel, ein geringeres Verschulden trifft als im zweiten Fall.

Fordert man dagegen allgemein Identität lediglich des abstrakten Rechtsgutes (des generellen), so wird dieser Verstoß gegen das Prinzip des Gesetzes vermieden; denn da der Dieb in beiden Fällen mehrfach das generelle Rechtsgut verletzt hat, muß nach der weiteren Voraussetzung für die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens gesucht werden, d. h. es muß geprüft werden, ob die Einzelwertung der mehreren Willensakte unzulässig ist oder, positiv ausgedrückt, ob die mehreren Willensakte durch die gleiche Gelegenheit veranlaßt worden sind. Die Untersuchung ergäbe aber, daß beide Fälle verschieden zu beurteilen sind; denn da im ersten Fall das für die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens wesentliche psychische Moment gegeben ist, im zweiten Falle dagegen nicht, so erweist sich lediglich der erste Fall als sog. fortgesetztes Verbrechen, eine Entscheidung, die durchaus dem Prinzip des Gesetzes entspricht, da das Verschulden des Täters im ersten Fall ganz offensichtlich geringer ist als in dem zweiten.

---

[197]) cf. E. Mayer, Lehrb. 169. Gegen Mayer: Honig, Studien 112 Anm. 153.

Es scheint mir daher erforderlich, zur Annahme eines fortgesetzten Verbrechens lediglich Identität des abstrakten Rechtsgutes zu verlangen.[198])

Die Erörterung der Begriffsmerkmale des fortgesetzten Verbrechens zeigt, daß nur drei Voraussetzungen gegeben sein müssen: Identität des Motivs; mehrfache Verwirklichung des gleichen Tatbestandes; und damit Identität des verletzten abstrakten Rechtsgutes, ferner daß Kontinuität, Gleichartigkeit der Begehungsweise, sowie Identität des konkreten Rechtsgutes nicht erforderlich sind, daß endlich das Zusammentreffen von einfachem und qualifiziertem Tatbestand die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens ausschließt.

dd) Betrachtet man nun die umfangreiche Literatur, die dem fortgesetzten Verbrechen gewidmet ist, so ersieht man, daß vielfach, ja man kann sagen meist, außer den eben angeführten Begriffsmerkmalen, die man objektive nennen kann, noch ein subjektives Begriffsmerkmal gefordert wird, Einheit des Vorsatzes, des Entschlusses, der Absicht, oder ähnlich benannt, und zwar in der Weise, daß zu diesem subjektiven eines oder mehrere der vorgenannten objektiven Merkmale hinzutreten müssen oder daß das objektive Merkmal als einziges[199]) Begriffsmerkmal angegeben wird. Wie die Ausführungen im folgenden ergeben, erübrigt sich eine nähere Auseinandersetzung mit diesen extrem subjektiven bzw. vermittelnden Theorien, da das subjektive Moment sich als ungeeignetes Begriffsmerkmal für das fortgesetzte Verbrechen erweist. Das subjektive Moment wird[200]) in ständiger Rechtsprechung vom Reichsgericht gefordert.[201])

Das Reichsgericht stellt gegenüber den „im voraus gefaßten Entschluß, nach und nach (zu bestimmten Zeiten oder bei sich bietender Gelegenheit) mehrere selbständige Straftaten zu begehen" und die Einheitlichkeit des Vorsatzes, die nur dann als gegeben zu betrachten sei, wenn er „von vornherein den Gesamterfolg umfaßt hat".[202])

---

[198]) Gegen diese Auffassung kann man nicht etwa, wie Binding (Hdb. 532) es versucht, geltend machen, daß sie aus zwei Rechtsgütern ein Rechtsgut mache (aus zwei Leben ein Leben). Die Tatsache, daß mehrere konkrete Rechtsgüter verletzt sind, wird durchaus nicht ignoriert, sondern kann im Urteil dadurch zum Ausdruck gebracht werden, daß der Täter nicht wegen eines Verbrechens schlechthin, sondern wegen fortgesetzten Delikts schuldig gesprochen wird und wird zudem nach Möglichkeit bei der Strafzumessung berücksichtigt!

[199]) So Schröter, Handbuch des peinlichen Rechts Bd. I, § 165 S. 199 ff. Henke: Handbuch des Kriminalrechts usw. Bd. I, § 91 S. 611 ff.

[200]) neben Hälschner, Deutsches Strafrecht, I, 662, Binding, Hdb. I, 545, Olshausen a. a. O. § 73 N. 8 a, Frhr. v. Bülow, G. S. 59, 180 (er unterscheidet nicht zw. Vorsatz und Entschluß), Kahl, Verh. 28. Jur.-Tg. 3, 377, Rathenau, Fortgesetztes Verbr. 51. Rathenau, G. S. 56, 115. Doerr, G. S. 71, Beil. 94.

[201]) cf. RG. 15, 26. 17, 103, 112. 22, 22—28. 22, 235, 237. 23, 300, (302/3). 26, 178. JW. 44, 1227. RG. 30, 163 (164). 39, 220 (221). 41, 98 (102). 44, 223. 45, 70, (71). 46, 16. 51, 305 (308). R. M. G. 6, 212. 5, 129. 13, 40. RG. 55, 134. 57, 190. 59, 54. 61, 201. 62, 5.

[202]) Ebenso Lobe a. a. O. 79. Noch deutlicher Doerr a. a. O. S. 94.

„Im Gegensatz zu dem Entschluß, von Zeit zu Zeit immer wieder dieselbe Tat oder eine gleichartige Tat gegen dasselbe Objekt zu begehen, die Tat zu wiederholen, geht der Vorsatz beim fortgesetzten Verbrechen auf fortgesetzte Ausführung einer Tat; m. a. W.: beim fortgesetzten Verbrechen besitzt der Vorsatz, die Einzeltaten zu beghen, insofern noch eine besondere Eigenschaft, als er auch darauf gerichtet ist, durch die Einzeltätigkeiten eine Einheitstat zu verüben".

Mit Recht bemerkt M. E. Mayer:[203]) „Einheitlichkeit des Vorsatzes ist nicht erforderlich, gleichviel ob man darunter einen alle Einzelakte umfassenden oder einen auf Fortsetzung gerichteten Entschluß versteht . . . Hierdurch wird die „psychische Verkettung" der Einzelakte, die lediglich durch Wiederkehr des gleichen Motivs gebildet wird, enger gestaltet, als es der Sinn der Konstruktion verträgt".

Vergegenwärtigen wir uns, daß das fortgesetzte Verbrechen seine Existenzberechtigung aus dem Prinzip der Bestrafung des Täters nach seinem Verschulden herleitet, vergegenwärtigen wir uns weiter, daß die in der Annahme des fortgesetzten Verbrechens liegende einheitliche Wertung mehrfacher Tatbestandsverwirklichung nur deshalb berechtigt ist, nur deshalb dem vorgenannten Prinzip entspricht, weil die Einzelwertung eine dem geringeren Verschulden des Täters widersprechende zu harte Bestrafung bedeuten würde, so wird offensichtlich, daß das Vorliegen eines einheitlichen Vorsatzes die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens gerade ausschließen muß; denn unbestreitbar verdient derjenige, der den Entschluß, nach und nach mehrere strafbare Handlungen zu begehen, verwirklicht hat, genau wie derjenige, dessen Vorsatz von vornherein den Gesamterfolg umfaßt hat, dieselbe, wenn nicht sogar eine höhere Strafe als der Täter, der nach und nach mehrere Delikte begangen hat, von denen jedes einem besonderen Vorsatz entsprach. M. a. W. Einheit des Vorsatzes erhöht die Intensität des Verschuldens. Da aber gerade vermindertes Verschulden zur Annahme des fortgesetzten Verbrechens Veranlassung gab, erweist sich die Forderung der sog. subjektiven Theorie als unhaltbar; denn sie widerspräche dem im Gesetz anerkannten Prinzip der Bestrafung des Täters gemäß seinem Verschulden. Mit Recht wird daher von einer Reihe von Schriftstellern das Begriffsmerkmal der Einheitlichkeit des Vorsatzes verworfen.[204])

2) Das Wesen des fortgesetzten Verbrechens.

Wie unter 1) ausgeführt, bedeutet Annahme eines fortgesetzten Verbrechens die Gesamtwertung einer Mehrheit von Willensakten. In der Gesamtwertung der Willensakte liegt eine Gesamtwertung der durch sie realisierten Tatbestände; m. a. W. die einmalige Anwendung des

---

[203]) Lehrbuch 170.

[204]) So v. Woringen a. a. O. 31. v. Liszt a. a. O. S. 339. v. Liszt, Der it. Strafgesetzentwurf S. 42. Merkel-Liepmann, Die Lehre von Verbrechen und Strafe 338. Beling, L. v. V. 369. v. Bar a. a. O. 3, 580/6. M.-Allf. 232. v. Wächter a. a. O. 294. Ad. Merkel, Zur Lehre v. f. V. 34. Ad. Merkel, Lehrb. 264. Farnbacher a. a. O. 15. Kohler, Goltd. Arch. 53, 153 ff. (159). Höpfner a. a. O. I, 270, Anm. 40. M. E. Mayer l. c. Honig, Studien 114 ff. (gegen RG.)

Tatbestandes erweist sich aus den unter 1) angegebenen Gründen als vollständige rechtliche Würdigung des Faktums. „Sie alle zusammen sind der Rechtsordnung nicht mehr wert als eine einzige von ihnen, selbstverständlich für die Wertung überhaupt ... nicht für die Strafzumessung“.[205]) Es liegt also nur eine Rechtsverletzung vor. Einheit der Gesetzesverletzung ist aber nach unserer Auffassung gleichbedeutend mit Einheit des Verbrechens.

Daher erweist sich die Erscheinung des fortgesetzten Verbrechens als Fall der Verbrechenseinheit bei mehrfacher Tatbestandsverwirklichung, also als Fall der Mehrheit bloßer Tatbestandsverwirklichung. Als solcher hat er seine systematische Stellung in der Gruppe: Konkurrenzformen bei Mehrheit bloßer Tatbestandsverwirklichungen, und da diese Tatbestandsverwirklichungen gleicher Art sind, in dem Unterfall dieser Gruppe: Konkurrenzformen bei Mehrheit gleicher Tatbestandsverwirklichungen.

Höpfner dagegen, der von der Voraussetzung ausgeht, daß Verbrechen = Handlung sei, folgert daraus, daß in den Fällen des fortgesetzten Verbrechens Verbrechensmehrheit anzunehmen sei.

Zu diesem Ergebnis müßte auch Doerr kommen, der ebenfalls unter Verbrechen nicht Gesetzesverletzung, sondern Handlung versteht.[206]) Dennoch vermeidet er diese Konsequenz und sucht die folgewidrige Auffassung des fortgesetzten Verbrechens als Verbrechenseinheit dadurch zu rechtfertigen, daß er die Einheitlichkeit des Vorsatzes zum Begriffsmerkmal erhebt, und diesem subjektiven Moment vereinigende Funktion zuspricht. Daß dieses subjektive Moment als Begriffsmerkmal des fortgesetzten Verbrechens unbrauchbar ist, haben wir bereits nachgewiesen. Da Doerr seine Ansicht aber gerade auf dieses subjektive Moment stützt, muß ihrer Begründung widersprochen werden. Die Annahme der Verbrechensmehrheit bliebe demnach die logische Folge der Voraussetzung, von der Doerr ausgeht, ein Ergebnis, das der natürlichen Auffassung des Sachverhalts nicht entspräche, denn „nicht jeder der Teile einer fortgesetzten Handlung, sondern nur die Gesamthandlung stellt . . . ein für sich bestehendes vollständiges Ganzes dar“.[207]) Will man dieses Ergebnis vermeiden, will man ein der Natur der Sache entsprechendes Ergebnis erzielen, dann kann man nur von dem von uns vertretenen Verbrechensbegriff: Verbrechen = Gesetzesverletzung ausgehen.

Unter dieser Voraussetzung erweist sich das fortgesetzte Verbrechen unzweifelhaft als Fall der Verbrechenseinheit; denn wie wir ausgeführt haben, liegt in der einmaligen Anwendung des Gesetzes auf das Faktum die dem Gesetzesprinzip entsprechende vollständige rechtliche Würdigung des konkreten Falles, ein Ergebnis, das durchaus der Auffassung des täglichen Lebens, dem natürlichen Empfinden entspricht.

Als Tat der Verbrechenseinheit bei Mehrheit der Tatbestandsverwirklichungen bedarf das fortgesetzte Verbrechen noch einer Abgrenzung

---

[205]) Sauer a. a. O. 492 (IV, 1).
[206]) cf. Doerr l. c. 177 ff.
[207]) Doerr 180.

gegenüber den beiden anderen zur gleichen Gruppe gehörenden Konkurrenzformen: der gleichartigen Idealkonkurrenz wie dem Kollektivdelikt.

Gemeinsam haben diese drei Konkurrenzformen die Mehrheit gleichartiger Tatbestandsverwirklichungen, die als eine gewertet wird. Während aber bei der gleichartigen Idealkonkurrenz die Tatbestände durch eine Handlung mehrfach verwirklicht werden, geschieht die Verwirklichung bei dem Kollektivdelikt und dem fortgesetzten Verbrechen durch mehrere (wenn auch psychologisch unselbständige) Handlungen. Vom Kollektivdelikt, mit dem es die Handlungsmehrheit und die Gesamtwertung der mehreren Willensakte gemeinsam hat, unterscheidet sich das fortgesetzte Verbrechen durch die psychische Beschaffenheit der zur Realisierung der Tatbestände dienenden Willensakte. Während beim Kollektivdelikt die Willensakte Ausfluß einer einheitlichen Lebensrichtung sind, sind sie beim fortgesetzten Verbrechen lediglich Folge eines immer wieder auftretenden Motivs, Ausnutzung einer sich immer von neuem bietenden Gelegenheit. Endlich ein Unterschied in der praktischen Bedeutung: für die Gesamtwertung von Willensakten, die Ausfluß einer einheitlichen Lebensrichtung sind (Kollektivdelikt) gilt die Enumerationsmethode, d. h. nur in den im Gesetz genannten Fällen darf die Gesamtwertung erfolgen; für die Gesamtwertung von Willensakten, die als Ausnutzung ein und derselben Gelegenheit erscheinen (fortgesetztes Verbrechen), gilt dagegen diese Beschränkung nicht.

3) Der für das fortgesetzte Delikt maßgebliche Bewertungsgrundsatz.

Er ergibt sich aus dem Wesen des fortgesetzten Delikts. Da trotz mehrfacher Tatbestandsverwirklichung nur eine Gesetzesverletzung und mithin nur ein Verbrechen anzunehmen ist, gelangen wir zu der Formulierung: In den Fällen des fortgesetzten Verbrechens erfolgt die *Schuldigsprechung durch einmalige Anwendung des verletzten Gesetzes.*

§ 2. Die Konkurrenzformen bei Zusammentreffen mehrerer ungleichartiger Tatbestandsverwirklichungen.

Während die im § 1 erwähnten Konkurrenzformen Fälle betrafen, in denen durch das Verhalten des Täters mehrfach derselbe Tatbestand realisiert wurde, bezieht sich die hier zu besprechende Gruppe von Konkurrenzformen auf solche Fälle, wo das Verhalten des Täters die Merkmale mehrerer verschiedener gesetzlichen Tatbestände aufweist; betrachtet man diese Tatbestände als einzelne und setzt man sie als solche zu dem Faktum in Beziehung, so wird man die Feststellung machen müssen, daß jeder von ihnen erfüllt ist, und es läge nahe, so viele Gesetzesverletzungen anzunehmen, wie Tatbestandsverwirklichungen vorliegen. Allein darin wäre eine Außerachtlassung der Subsumtionsaufgabe des Richters zu sehen, denn er hat den Tatbestand auf Grund der Rechtsordnung zu werten und darf sich nicht mit der Feststellung begnügen, daß bestimmte einzelne Paragraphen realisiert worden sind. Wertung der Rechtsordnung gemäß bedeutet aber Subsumtion unter die Tatbestände bei Beachtung der Rangordnung, in die sie der Gesetzgeber zueinander gestellt hat. Eine solche Wertung wird oftmals das Ausscheiden sämtlicher konkurrierenden Tatbestände bis auf einen ergeben. Positive Vorschriften über das Rang-

verhältnis mehrerer Gesetzesbestimmungen enthält das Gesetz[208]) nicht; setzt man aber die Gesetzesbestimmungen zueinander in Beziehung, so ist die Absicht des Gesetzgebers unverkennbar, zwischen bestimmten Vorschriften ein solches Rangverhältnis zu schaffen, kraft dessen im konkreten Fall nur eine Gesetzesbestimmung Anwendung finden darf. Es ist daher notwendig, diese Rangverhältnisse zu ermitteln und für unsere Untersuchung unumgänglich, da die Realisierung von Tatbeständen, die in solchen Rangverhältnissen zueinander stehen, die Grundlage bestimmter Konkurrenzformen bildet und zudem, wie noch darzulegen bleibt, die Konstatierung der Rangverhältnisse einen Rückschluß auf die Intention des Gesetzgebers bezgl. der Ermittlung des Unrechts- und Schuldwertes der konkreten Sachverhalte gestattet.

Welche Rangverhältnisse sind nun zwischen mehreren Gesetzesbestimmnngen möglich?

Die wissenschaftliche Forschung hat vier solcher Rangverhältnisse ermittelt: Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion, Alternativität. Begriff und Abgrenzung voneinander ist höchst umstritten.

Vielfach wird jede Begriffsbestimmung vermieden und an ihrer Stelle werden Beispiele angeführt.[209]) Vielfach werden an Stelle von Begriffsbestimmungen Umschreibungen gewählt, so besonders Allfeld.[210])

Spezialität: „Wenn von den in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen die eine im Verhältnisse zur anderen die speziellere ist, kommt nur diese zur Anwendung“.

Subsidiarität: „Kommt einer Bestimmung nur subsidiäre Bedeutung zu, so findet sie nur Anwendung, wenn ein primäres Gesetz nicht anwendbar ist“.

Konsumtion: „Häufig ist der Tatbestand des einen Gesetzes in dem des anderen enthalten, sodaß, wenn dieses zur Anwendung kommt, das andere außer Betracht bleibt“.

Alternativität: „Wird dieselbe Handlung von mehreren Gesetzen unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten mit verschiedenen Strafen bedroht, so liegt statt des Verhältnisses der Spezialität das der Alternativität vor, wenn anzunehmen ist, daß jedes dieser Gesetze nur insoweit Anwendung finden will, als nicht das andere eine schwerere Strafdrohung enthält“.

Binding[211]) und van Calker[212]) für Konsumtion;

---

[208]) Abgesehen von den Bestimmungen der §§ 73/74, 49 a, die sich aber nur auf die Frage der Strafzumessung beziehen, was bezüglich § 49 a noch später darzulegen ist.

[209]) So van Calker a. a. O. S. 88 für Spezialität und Subsidiarität. Sauer a. a. O. 480 für Spezialität. Dohna, Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze und mehrerer strafbarer Handlungen 405 für Subsidiarität. v. Liszt-Schm. a. a. O. für Konsumtion. Schütze, Lehrb. 194 für Spezialität und Konsumtion.

[210]) 236 (cit. bei Honig 13).

[211]) Hdb. 363.

[212]) a. a. O. 88.

[213]) Deutsches Strafrecht I, 123.

[214]) a. a. O. 162.

Doerr[213]) und Gerland[214]) für Subsidiarität und Konsumtion; Finger[215]) und v. Liszt[216]) für Spezialität und Subsidiarität u. a. Unsere Aufgabe besteht daher darin, die Existenzberechtigung der Rangverhältnisse zu prüfen und sie begrifflich fest gegeneinander abzugrenzen.

I. Die Spezialität.

1. Die Spezialität als Rangverhältnis.

Von den verschiedenen Rangverhältnissen, die zwischen mehreren Gesetzesbestimmungen möglich sind, bezeichnet man als Spezialität den Fall, in dem die eine der Bestimmungen einerseits die sämtlichen Tatbestandsmerkmale der anderen enthält, andererseits aber noch ein oder mehrere weitere, sog. spezialisierende Merkmale.[217]) Es stehen sich also zwei Gesetze gegenüber. Das eine erscheint als der Grundtatbestand, als die lex generalis, das andere als Abart dieser lex generalis, und da es durch die „Einreihung eines Merkmals in den Grundtatbestand" [218]) gebildet ist, erweist es sich als engerer Tatbestand, als lex specialis; m. a. W. Kennzeichen der Spezialität ist das tatbestandliche Zurückgreifen der lex specialis auf die lex generalis.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Vergleicht man den Tatbestand der Kindestötung (§ 217) mit dem Tatbestand des Totschlages (§ 212) so findet man, daß § 217 die sämtlichen Tatbestandsmerkmale des § 212 enthält, außerdem aber mehrere spezialisierende Tatbestandsmerkmale: denn Handlungssubjekt ist hier die uneheliche Mutter, Handlungsobjekt das uneheliche Kind; ferner tritt hinzu als spezialisierendes und privilegierendes Merkmal die Zeit der Handlung, was durch die Worte „in oder gleich nach der Geburt" zum Ausdruck gebracht wird.

Nicht notwendig ist für das Vorliegen des Spezialitätsverhältnisses, daß die lex specialis die sämtlichen Tatbestandsmerkmale der lex generalis einzeln aufführt, vielmehr genügt es, wenn sie durch einen zusammenfassenden Begriff wiedergegeben werden. Eine solche Zusammenfassung finden wir in der Formulierung des § 243, Z. 3: „Wenn der Diebstahl (sc. der im § 242 umschriebene Tatbestand) dadurch bewirkt wird ...", ebenso in der Formulierung des § 215 durch das Wort: „Totschlag" (sc. der im § 212 umschriebene Tatbestand). In diesen Fällen handelt es sich, wie Lent treffend bemerkt,[219]) um „eine rein technische Maßnahme zur Abkürzung der Tatbestände",[220]) indem dadurch die Wiederholung einer in einem anderen Paragraphen bereits niedergelegten Definition (z. B. die des Diebstahls oder des Totschlages) vermieden wird.

---

215) a. a. O. 377.
216) a. a. O. 343.
217) cf. Honig, Strafl. Vor- und Nachtat S. 19. Lent a. a. O. 12, 14. Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz 53. Köhler, Strafr. 552. Köhler, Grenzl. 59. M. E. Mayer a. a. O. 502. Binding, Hdb. 334. Dohna: a. a. O. 405.
218) M. E. Mayer, Lehrbuch 502.
219) cf. Lent: a. a. O. S. 8.
220) Vgl. Lent: a. a. O. S. 8.

Ebensowenig ist notwendig, daß die lex specialis die Merkmale der lex generalis mit den in dieser enthaltenen Worten wiedergibt; denn eine sinngemäße Wiederholung in der lex specialis steht in keiner Weise im Widerspruch zu dem Begriff der Spezialität.

So wird wohl niemand das Spezialitätsverhältnis zwischen §§ 243 Z. 1, 2, 4, 5 und 242 bestreiten, obwohl in den genannten Gesetzesbestimmungen weder die Definition des Diebstahls noch das Wort Diebstahl verwendet wird. Ebenso muß § 370 Z. 5 als Spezialfall von § 242 (aber auch von § 246) aufgefaßt werden, obgleich hier das Wort „entwenden" gebraucht ist, denn entwenden ist im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs nichts anderes als wegnehmen.[221])

Aber nicht nur Gesetzesbestimmungen, die demselben Gesetz, z. B. dem Strafgesetzbuch angehören, können im Verhältnis der Spezialität stehen, vielmehr ist auch zwischen Gesetzesbestimmungen, die verschiedenen Gesetzen angehören, dieses Rangverhältnis möglich; denn die Beurteilung einer Handlung muß, wie wir bereits mehrfach hervorgehoben haben, nach der gesamten geltenden Rechtsordnung geschehen, und darf nicht etwa nur nach einem einzelnen geltenden Gesetz vorgenommen werden.

Das Verdienst, diese Möglichkeit von Spezialität besonders nachdrücklich betont zu haben, gebührt Binding.[222])

Als Beispiel für Spezialitätsfälle dieser Art sei § 137 des Militärstrafgesetzbuchs genannt, der als Spezialtatbestand gegenüber § 303 StGB. erscheint.

Aus unseren obigen Erörterungen sei zusammenfassend hervorgehoben, daß für das Vorliegen der Spezialität die ausdrückliche oder sinngemäße Wiederholung des Grundtatbestandes in dem spezialisierenden Tatbestand entscheidend ist; m. a. W. das Charakteristikum ist eine Uebereinstimmung, die aus den Tatbeständen mittels Vergleichs[223]) ablesbar ist; man kann daher insoweit mit M. E. Mayer[224]) sagen, die Spezialität sei logisch erweisbar.

2. Die Spezialität als Konkurrenzform.

Die Darlegungen unter 1 zeigen, daß man aus einer abstrakten Betrachtung mehrerer Gesetzesbestimmungen das Bestehen des Rangverhältnisses der Spezialität feststellen kann, oder anders ausgedrückt, die abstrakte, d. h. vom Faktum losgelöste Betrachtung, führt zu

---

[221]) cf. Olshausen a. a. O. § 370 Z. 5 a. M.-Allfeld 260. Frank a. a. O. § 370, V. v. Liszt-Schm. a. a. O. 633. Beling 277. Wachenfeld 388. RG. 17, 332; 51, 69; 13, 373. A. M. Harburger, Vgl. Darst. Bes. T. 6, 300 und Geyer, Z. St. W. 2, 304 sowie Janzen, Der Mundraub 97 ff., die in der Absicht des „alsbaldigen Verbrauchs" (370) keine „Absicht der Zueignung" sehen (242). Richtig bemerkt Frank l. c., daß von dieser Auffassung aus eine unerträgliche Lücke für den Fall entstehen würde, daß jemand Nahrungs- und Genußmittel in größerer Menge und von bedeutendem Werte zu Verbrauchszwecken entwenden würde.

[222]) cf. Binding, Hdb. S. 332—349. Honig, Straflose Vor- und Nachtat 22.

[223]) cf. Lent a. a. O. S. 9.

[224]) a. a. O. 505.

dem Resultat, daß Tatbestände, von denen der eine sowohl die sämtlichen Tatbestandsmerkmale der anderen, darüber hinaus aber noch eines oder mehrere weitere Merkmale (spezialisierende Merkmale) enthält, im Rangverhältnis der Spezialität zueinander stehen. Die Realisierung von Tatbeständen vorgenannter Art bildet die Grundlage für die Entstehung der Konkurrenzform der Spezialität: Werden Tatbestände, die im Verhältnis der Spezialität zueinander stehen, realisiert, so kann dadurch die Konkurrenzform der Spezialität zur Entstehung gelangt sein, aus der Realisierung solcher Tatbestände folgt aber keinesfalls, daß stets die Konkurrenzform der Spezialität vorliegen müsse.

Diese Feststellung erscheint mir wichtig mit Rücksicht auf die Ausführungen Sauers, der in seinem Werk „Grundlagen des Strafrechts" [225]) behauptet, Spezialität lasse sich durch rein abstrakte Betrachtung mehrerer Gesetzesbestimmungen ermitteln.[226])

Ein Beispiel mag die Unrichtigkeit dieser Behauptung dartun. A. tötet durch einen Schuß seinen Vater und einen Dritten. Sowohl der Tatbestand des § 212 als auch der des § 215 ist erfüllt. Betrachtet man beide Gesetzesbestimmungen abstrakt, d. h. ohne Beziehung auf das Faktum, so muß man zu dem Resultat gelangen, daß zwischen ihnen das Rangverhältnis der Spezialität besteht, denn § 215 enthält die sämtlichen Tatbestandsmerkmale des § 212 und außerdem noch spezialisierende. Das Rangverhältnis der Spezialität besteht unzweifelhaft zwischen beiden Gesetzesbestimmungen, insofern hätte Sauer recht; aber mit dieser Feststellung ist wenig gewonnen; die praktisch entscheidende Frage ist: welche Konkurrenzform liegt vor? denn da eine Handlung und mehrere Tatbestandsverwirklichungen gegeben sind, muß geprüft werden, auf Grund welcher der verwirklichten Bestimmungen die Schuldigsprechung des Täters zu erfolgen hat. Nach unseren Erörterungen über die Idealkonkurrenz dürfte es aber keinem Zweifel unterliegen, daß in unserem Beispiel die Konkurrenzform der Idealkonkurrenz vorliegt, denn Einheit der Handlung und Mehrheit der verletzten Gesetze ist gegeben.

Mehrheit verletzter Gesetze liegt zwar nicht deshalb vor, weil hier eine Mehrzahl von (realen) Erfolgen, konkreten Rechtsgütern gegeben ist, sondern weil dieser Verschiedenheit der konkreten Rechtsgüter auch eine solche der abstrakten entspricht.[227]) Die Schuldigsprechung muß daher auf beide Gesetze gestützt werden.[228])

Wir sagten, daß die Realisierung von Tatbeständen, die im Rangverhältnis der Spezialität zueinander stehen, zur Konkurrenzform der Spezialität führen können. Da das Chrakteristikum des Spezialitätsverhältnisses die Wiederholung des Grundtatbestandes im spezialisierenden ist, ist mit der Realisierung des letzteren die des ersteren notwendig verbunden. Da wir aber die Gesamtheit der Willensakte, die zur Realisierung eines Tatbestandes erforderlich ist, als Handlung bezeichneten, kommen wir zu dem Ergebnis, daß hier eine Handlung den Tatbestand der lex

---

[225]) S. 480.

[226]) cf. auch die Ausführungen in Teil II, Kap. IV.

[227]) cf. oben Anm. 88.

[228]) So auch M. E. Mayer, Lehrb. 505 Anm. 11. Lent a. a. O. 59.

specialis erfüllt und damit **zugleich** den Tatbestand der lex generalis. M. a. W. „eine und dieselbe Handlung" in dem von uns erörterten Sinne bildet auch die Grundlage für die Konkurrenzform der Spezialität. Daß die Verwirklichung von Tatbeständen, die im Verhältnis der Spezialität zueinander stehen, durch „ein und dieselbe Handlung" zur Annahme der Konkurrenzform der Spezialität nicht allein ausreicht, beweist das oben angeführte Beispiel. Wir müssen daher prüfen, welches weitere Erfordernis notwendig ist. Die Antwort ergibt sich aus einem Vergleich eines anerkannten Spezialitätsfalles mit dem obigen Beispiel.

Vereinfachen wir unser Beispiel dahin, daß wir annehmen, A habe durch einen Schuß nur seinen Vater getötet. Hier liegt unzweifelhaft nicht nur das Rangverhältnis der Spezialität vor, sondern auch die Konkurrenzform: eine und dieselbe Handlung ist gegeben, durch die mehrere Tatbestände verwirklicht worden sind (212, 215); dennoch kann keine Idealkonkurrenz angenommen werden, da diese Konkurrenzform voraussetzt, daß beide Tatbestände zur rechtlichen Würdigung des Falles erforderlich sind, während wohl unzweifelhaft durch Anwendung allein des § 215 im vorliegenden Beispiel sämtliche strafrechtlich relevanten Eigenschaften des Falles gewürdigt werden; eine nochmalige Subsumtion unter § 212 wäre eine Nichtbeachtung der materiellrechtlichen Konsequenz des Grundsatzes ne bis in idem.[229])

Weshalb stellt im vorliegenden Fall die Anwendung des § 215 eine vollständige Würdigung des Falles dar? Weil die Verletzung des einen abstrakten (generellen Rechtsgutes) die des anderen mitumfaßt („Leben": „Leben eines Aszendenten").

Der Grund dafür liegt einerseits darin, daß sich das eine generelle Rechtsgut gegenüber dem anderen als das speziellere erweist, andererseits darin, daß dem im § 212 geschützten generellen Rechtsgut (Leben) und dem im § 215 geschützten (Leben **eines** Aszendenten) keine Verschiedenheit der konkreten Rechtsgüter entspricht.[230])

Derselbe Sachverhalt ist Gegenstand zweier Gesetzesbestimmungen, von denen die eine, die lex specialis, die andere, die lex generalis umfaßt. Durch Anwendung der lex generalis neben der lex specialis würde derselbe Sachverhalt somit zweimal der Subsumtion unter dieselbe Gesetzesbestimmung unterworfen sein. Betrachten wir nun das oben angeführte Beispiel, so wird deutlich, weshalb hier beide Gesetze angewendet werden müssen. Es ist zwar eine und dieselbe Willensbetätigung Gegenstand zweier im Spezialitätsverhältnis zueinander stehender Gesetzesbestimmungen, aber die Willensbetätigung verursachte zwei voneinander verschiedene Erfolge, führte also zur Verletzung zweier voneinander verschiedener konkreter Rechtsgüter: Leben und Leben des Aszendenten. Die Anwendung nur der lex generalis zur rechtlichen Würdigung beider konkreten Rechtsgutsverletzungen wäre unzulässig, da dadurch die eine Rechtsgutsverletzung nicht berücksichtigt würde. Eine vollständige Würdigung erfordert Anwendung beider Gesetzesbestimmungen, sowohl die der lex generalis wie die der lex specialis.

---

[229]) cf. Köhler, Grenzlinien S. 60.
[230]) cf. oben Anm. 88.

Als Ergebnis können wir feststellen:

Die Konkurrenzform der Spezialität ist dann gegeben, wenn eine und dieselbe Handlung mehrere im Spezialitätsverhältnis zueinander stehende Gesetzesbestimmungen realisiert, von denen sich die eine, die lex specialis, einerseits auf die gleichen Bestandteile des Faktums bezieht wie die lex generalis, andererseits noch die rechtliche Wertung anderer Bestandteile des Sachverhalts, also eine vollständigere rechtliche Würdigung des Sachverhalts, ermöglicht und diese daher gebietet. Zur Ermittlung der Konkurrenzform der Spezialität reicht mithin nicht die abstrakte Betrachtung von Rechtssätzen aus; hinzutreten muß eine konkrete, die abstrakten Tatbestände müssen zum Faktum in Beziehung gesetzt werden.

3) Der für die Spezialität als Konkurrenzform maßgebliche Bewertungsgrundsatz.

Daß im Fall der Konkurrenzform der Spezialität die lex generalis für die rechtliche Wertung des Faktums ausscheiden muß, haben wir bereits oben angedeutet. Die Ursache für das Ausscheiden liegt zwar einerseits darin, daß Grundsatz aller strafrechtlichen Subsumtionstätigkeit ist, von mehreren Gesetzesbestimmungen diejenige anzuwenden, deren Tatbestandsmerkmalen ein konkretes Geschehnis am vollkommensten entspricht,[231]) und das ist die lex specialis, andererseits darin — und hierauf ist noch größeres Gewicht zu legen — daß zur Ermittlung des Schuld- und Unrechtswertes der Tat in den Fällen der Spezialität der Tatbestand der lex specialis erforderlich und ausreichend ist. Betrachtet man die verwirklichten Gesetzesbestimmungen isoliert, so ergibt sich zwar aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber diese Tatbestände aufgestellt hat, die Folgerung, daß er der Verwirklichung eines jeden von ihnen einen Unrechts- und Schuldwert zumißt.

Bringt man aber die Gesetzesbestimmungen zueinander in Beziehung — und das ist nach unseren Darlegungen erforderlich —, so erkennt man unschwer, daß es der Intention des Gesetzgebers entspricht, nur einen Unrechts- und Schuldwert anzunehmen, falls durch ein und dieselbe Handlung zwei im Spezialitätsverhältnis zueinander stehende Gesetzesbestimmungen verwirklicht worden sind; denn wenn der Gesetzgeber Tatbestände geschaffen hat, von denen der eine (lex generalis) im anderen (lex specialis) enthalten ist, von denen der eine (lex specialis) nicht ohne den anderen (lex generalis) verwirklicht werden kann, so gibt er zu erkennen, daß der Verwirklichung des anderen (lex generalis) nur dann ein besonderer Unrechts- und Schuldwert zukommt, wenn es nicht zur Verwirklichung des anderen (lex specialis) gekommen ist oder wenn die Anwendung der lex specialis ein oder mehrere Bestandteile des Faktums unberücksichtigt läßt, die aber durch Anwendung der lex generalis erfaßt werden können. (Ein Schuß tötet den Vater und einen Dritten). Es muß also die lex specialis als speziellere Bewertung des

[231]) cf. Honig, Strafl. Vortat 29. Janka, Das österr. Strafrecht 154.

konkreten Falles der lex generalis vorgehen, ein Grundsatz, der bereits in den Digesten seinen Ausdruck gefunden hat:[232])

„in omni iure species generi derogat“ (wörtlich: nec ambigitur, in cetero omni ure speciem generi derogare), oder wie er in seiner allgemeinen üblichen Form lautet:

„lex specialis derogat legi generali“.

Ist nun aber nur die Anwendung eines Gesetzes zur strafrechtlichen Wertung des Falles erforderlich, so kann auch nur von einer Gesetzesverletzung gesprochen werden und mithin auch nur von dem Vorliegen eines Verbrechens.

Die Konkurrenzform der Spezialität bildet somit einen Fall der Verbrechenseinheit bei Mehrheit der Tatbestandsverwirklichung und muß daher seiner Rechtsnatur entsprechend in die Gruppe: Konkurrenzformen bei Mehrheit bloßer Tatbestandsverwirklichungen eingegliedert werden, und da es sich um die Verwirklichung mehrerer verschiedener Tatbestände handelt, in deren Untergruppe: Konkurrenzformen bei Mehrheit verschiedener Tatbestandsverwirklichungen.

Zusammenfassend können wir sagen: In den Fällen der Spezialität bieten sich dem Richter mehrere abstrakte Tatbestände zur Auswahl. Von diesen hat er nach dem für die Spezialität geltenden Bewertungsgrundsatz: lex specialis derogat legi generali das speziellere Gesetz allein zur Anwendung zu bringen. Die Schuldigsprechung darf nur auf die lex specialis gestützt werden.

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung geht Lent in seinem Werk „Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß“ einen Weg, der deswegen als unzweckmäßig, vielleicht auch als unrichtig bezeichnet werden muß, weil er das Wesen der Spezialität nicht trifft.

Wir sagten, in den Fällen der Spezialität liege ein konkreter Sachverhalt vor, sei ein konkreter Tatbestand gegeben, der die Tatbestandsmerkmale mehrerer abstrakten aufweise.

Im Gegensatz hierzu verwirft Lent die Auswahl der abstrakten Tatbestände; er setzt an ihre Stelle eine Auswahl von konkreten Tatbeständen und gelangt zu dem Ergebnis, daß bei der Spezialität „nur ein konkreter Tatbestand gebildet werden könne“.[233])

Das bedarf näherer Erläuterung:

Lent sagt, in der üblichen Wendung: Ein konkreter Tatbestand passe unter mehrere abstrakte, liege ein Widerspruch, da man konkrete Tatbestände nur an der Hand von abstrakten bilden könnte, indem man jeden Begriff aus diesen durch eine ihnen zu subsumierende Tatsache ersetzt. Er sagt nun wörtlich: „Wenn ich aus dem Tatsachenmaterial, das sich mir bietet, nach mehreren abstrakten Tatbeständen eine Auswahl treffen kann, so habe ich . . . . mehrere Tatbestände, und zwar genau so viele konkrete wie abstrakte“.[234]) Aus dieser Erwägung kommt er dann zu der Frage: „Was berechtigt, ja zwingt mich dazu, dennoch nur eine Auswahl vorzunehmen und von einem konkreten Tat-

---

[232]) cf. D. 48, 19, 41.
[233]) cf. Lent a. a. O. S. 12, 37.
[234]) cf. Lent a. a. O. S. 9.

bestand zu sprechen, wo ich doch mehrere zur Hand habe".[235]) Den Grund der Berechtigung oder besser gesagt, dieses Zwanges sieht er in der Feststellung, ob ein Verbrechen vorliegt oder mehrere. Ob ein Verbrechen vorliegt oder mehrere, hänge aber wiederum von der Existenz seiner Individualisierungsmerkmale ab, die Handlung und angegriffenes Rechtsgut sind. Sind diese in zwei Tatbeständen — gleich ob in konkreten oder in abstrakten, da Lent ja beide gleichsetzt — identisch, so seien sie auch für das Recht identisch, oder wie Lent sagt: „Die Einheit des Tatbestandes beruht daher bei der Spezialität auf der Einheit der Individualisierungsmomente: Handlung und angegriffenes Rechtsgut".[236]) So habe z. B. derjenige, der eine Sache mittels Einbruchs weggenommen, nur eine Wegnahme ausgeführt und eine Sache gestohlen, daher nur einen Diebstahl begangen. „Deshalb kann, obwohl zwei Gesetze passen, zwei abstrakte Tatbestände erfüllt sind, nur ein konkreter Tatbestand gebildet werden".[237])

Damit hat Lent die Grundlage zu seiner Formulierung geschaffen, die das Wesen der Spezialität erklären soll:

> „Die nach den passenden Gesetzen (abstrakten Tatbeständen) gebildeten konkreten Tatbestände haben die Individualisierungsmerkmale gemeinsam, — daher besteht Einheit des konkreten Tatbestandes . . . — darüber hinaus aber so viele Tatsachen, daß der eine Tatbestand vom anderen aufgenommen wird.[238])

Wie ist nun diese Auffassung Lents kritisch zu beurteilen?

Wenn Lent im Gegensatz zu der allgemein üblichen und auch hier vertretenen Auffassung an die Stelle der Auswahl von abstrakten Tatbeständen eine Auswahl von konkreten treten läßt, die er über die abstrakten Tatbestände bildet, so hat es auf den ersten Augenblick den Anschein, als ob er sich in krassem Widerspruch zu der allgemein üblichen Auffassung befindet. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß der Widerspruch nur ein scheinbarer ist.

Zwar kann der Auffassung Honigs nicht Folge geleistet werden, der in seiner Monographie: „Straflose Vor- und Nachtat" die Behauptung Lents, daß ein konkreter Tatbestand gebildet werden könnte, als schief bezeichnet.[239])

Daß ein konkreter Tatbestand gebildet werden kann, indem man die Begriffe eines abstrakten Tatbestandes durch die ihnen zu subsumierenden Tatsachen eines konkreten Sachverhalts ersetzt, dürfte m. E. unbestreitbar sein.

Bildet man auf diese Weise den konkreten Tatbestand im Sinne Lents, so wird fast immer die Feststellung zu machen sein, daß einige konkrete Vorgänge des (konkreten) Sachverhalts unberücksichtigt geblieben sind; m. a. W. der von Lent gebildete Begriff des konkreten Tatbestandes ist nicht identisch mit dem sonst üblichen, unter welchem man einen kon-

[235]) cf. Lent a. a. O. S. 90.
[236]) cf. Lent a. a. O. S. 12.
[237]) cf. Lent a. a. O. S. 14.
[238]) cf. Lent a. a. O. S. 13.
[239]) cf. Honig a. a. O. S. 25.

kreten Sachverhalt, also einen realen Vorgang mit allen seinen Einzelheiten zu verstehen hat.

Wollen wir Lent folgen, so müssen wir zwischen drei Arten von Tatbeständen unterscheiden. Diese sind:

1) Der reale Vorgang des Lebens, der gegeben ist und nicht erst gebildet zu werden braucht, auch nicht gebildet werden kann — insofern hat Honig Recht — also der Sachverhalt oder wie man auch sagen kann, der konkrete Tatbestand.
   Dieser wird bedauerlicherweise von Lent nicht gebührend hervorgehoben.
2) Der durch Subsumtion unter einen abstrakten Tatbestand gebildete Ausschnitt aus dem gegebenen realen Sachverhalt, also der konkrete Tatbestand im Sinne von Lent.
3) Der abstrakte Tatbestand, der durch das Gesetz aufgestellt wird.

Die beiden letzten Arten von Tatbeständen, also der abstrakte Tatbestand und der konkrete Tatbestand im Sinne Lents, sind aber praktisch betrachtet identisch. Der Unterschied zwischen beiden besteht lediglich darin, daß der konkrete Tatbestand im Sinne von Lent eine praktische Verwirklichung des abstrakten Tatbestandes in allen seinen Beziehungen bedeutet.

Sind aber abstrakter und konkreter Tatbestand im Sinne von Lent praktisch identisch, dann dürfte es unerheblich sein, ob ich formuliere:

es stehen mehrere abstrakte Tatbestände zur Auswahl, oder
es stehen mehrere konkrete Tatbestände zur Auswahl.

In dem Bestreben Lents, an die Stelle der Auswahl von abstrakten Tatbeständen eine solche von konkreten zu setzen, kann somit kein Fehler gesehen werden. Es fragt sich nur, ob es zweckmäßig ist, den Begriff des konkreten Tatbestandes im Sinne Lents einzuführen.

Diese Frage wird aber zu verneinen sein, da die Methode Lents eine überflüssige Subsumtionstätigkeit erfordert.

Als Fehler erscheint mir jedoch die Art, wie Lent die Spezialität zu kennzeichnen versucht. Lent verkennt durchaus nicht, daß bei der Spezialität das Rangverhältnis von der Konkurrenzform zu unterscheiden ist, wenngleich er auch diese Begriffe nicht verwendet. Er sagt,[240]) es müsse sorgfältig zwischen dem Verhältnis, in dem die Gesetze zueinander stehen und den Voraussetzungen, unter denen es zu ihrem Zusammentreffen kommt, unterschieden werden.

Er verkennt auch nicht, daß das Wesen des Rangverhältnisses der Spezialität in einer notwendigen teilweisen Deckung der abstrakten Tatbestände besteht;[241]) aber er verkennt das Wesen der Konkurrenzform der Spezialität, da er bei ihrer Charakterisierung den logischen Zusammenhang zwischen den abstrakten Tatbeständen außer Acht läßt.

Wenn er S. 13 sagt, „Die nach den abstrakten Tatbeständen gebildeten konkreten Tatbestände haben die Individualisierungsmerkmale gemeinsam, — daher besteht Einheit des konkreten Tatbestandes — darüber

---

[240]) a. a. O. S. 16.
[241]) cf. Lent a. a. O. S. 14.

hinaus aber so viele Tatsachen, daß der eine (konkrete) Tatbestand ganz von dem anderen aufgenommen wird", so sucht er offenbar damit die Konkurrenzform der Spezialität zu charakterisieren; denn er gebraucht den Begriff abstrakter Tatbestand hier in bewußtem Gegensatz zu dem Begriff konkreter Tatbestand, worunter die Realisierung des abstrakten Tatbestandes zu verstehen ist.[242])

Folgt man Lent, so müßte man das Wesen der Spezialität als Konkurrenzform in der Teilidentität der Tatsachen sehen, die zur Bildung der konkreten Tatbestände führen.

Die Verdrängung der lex generalis erfolgte demnach „nur, wenn wirklich der eine k o n k r e t e Tatbestand den anderen vollständig in sich aufnimmt".[243])

Darin liegt aber, wie Honig[244]) mit Recht hervorhebt, eine „Umkehrung" des „logisch notwendigen Verhältnisses" von Ursache und Folge, denn das Vollständig-in-sich-aufnehmen des einen konkreten Tatbestandes durch den anderen ist ja erst gerade dadurch möglich, daß sich die abstrakten Tatbestände decken. Man muß vielmehr umgekehrt sagen, die Verdrängung der lex generalis durch die lex specialis erfolge, wenn wirklich der eine a b s t r a k t e Tatbestand den anderen in sich aufnimmt.

Das Wesen der Spezialität als Konkurrenzform läßt sich daher nicht, wie Lent es versucht, lediglich aus der Beziehung der konkreten Tatbestände ermitteln, sondern wenn man überhaupt den Begriff des konkreten Tatbestandes verwenden will, aus dem Zusammenhang der im Rangverhältnis der Spezialität zueinander stehenden Gesetze mit den konkreten Tatbeständen oder wie wir sagen, aus der Beziehung des Faktums zu den im Rangverhältnis der Spezialität zueinander stehenden Gesetzen.

Ist es auch praktisch zulässig, abstrakten und konkreten Tatbestand zu identifizieren, für die theoretische Erkenntnis muß zwischen beiden exakt geschieden werden. Wir müssen daher mit Rücksicht auf die Auffassung Lents betonen, daß zur Ermittlung des Wesens der Spezialität das Verhältnis der konkurrierenden abstrakten Tatbestände zum Sachverhalt maßgeblich ist, nicht aber das Verhältnis der konkreten Tatbestände (i. S. Lents) zueinander.

II. Die Konsumtion.

Ein weiteres Rangverhältnis, das zwischen mehreren Gesetzesbestimmungen bestehen kann, ist die Konsumtion; auch dieses Rangverhältnis bildet die Grundlage einer Konkurrenzform.

1) Die Konsumtion als Rangverhältnis.

Die abstrakte, d. h. vom individuell bestimmten Fall losgelöste Betrachtung des Gesetzes hatte ergeben, daß Gesetzesbestimmungen feststellbar sind, von denen die eine (die lex specialis) b e g r i f f l i c h in der anderen enthalten war (der lex generalis); aber in dieser Feststellung

---

[242]) cf. Lent a. a. O. S. 9.
[243]) cf. Lent a. a. O. S. 15.
[244]) a. a. O. S. 27.

erschöpft sich die abstrakte, besser die generelle Betrachtung des Gesetzes keinesfalls, sondern sie ergibt die Ermittlung einer Gruppe von Gesetzesbestimmungen, die die Eigentümlichkeit aufweisen, daß der eine im Gesetz umschriebene Sachverhalt geeignet ist, einen Bestandteil des in einem anderen Gesetz umschriebenen Sachverhalts zu bilden, ohne daß dieses eine logische Notwendigkeit wäre, wie bei der Spezialität.

Hierher gehört das Verhältnis von: Zweikampf: Körperverletzung; Brandstiftung: Sachbeschädigung; Tötung: Körperverletzung; Beihilfe: Anstiftung und manche anderen.

Gemeinsam haben diese Fälle, daß mit der Erfüllung des einen Tatbestandes die des anderen verbunden sein kann, aber im konkreten einzelnen Fall nicht verbunden zu sein braucht.[245]) Ein so geartetes Rangverhältnis bezeichnet man allgemein als Konsumtion.

So bildet der Tatbestand der Körperverletzung keinen Bestandteil des Tatbestandes des Zweikampfes, wenn keiner der Duellanten verletzt wurde, ebenso erweist sich der Tatbestand der Sachbeschädigung nicht als Bestandteil des Tatbestandes der Brandstiftung, wenn der Brandstifter sein eigenes Haus anzündet; der Tatbestand der Körperverletzung kann dann nicht als Bestandteil des Tatbestandes der Tötung gelten, wenn demjenigen, der einen Menschen tötet der Tötungsvorsatz fehlt; endlich sei das Verhältnis von Brandstiftung und Beihilfe erwähnt.[246])

Der Anstifter kann durch die Art der Anstiftung dem Angestifteten zugleich einen Rat zur Ausführung des Verbrechens geben und insoweit zugleich Beihilfe leisten. Der Anstifter kann aber auch erst während der Ausführung die Tat durch Rat fördern. Im ersten Fall bildet der konkrete Tatbestand der Anstiftung einen Bestandteil des Tatbestandes der Beihilfe; im zweiten Fall dagegen trifft dieses nicht zu.

Dennoch ist in allen vorgenannten Beispielen das Rangverhältnis der Konsumtion gegeben; denn seine Annahme ist von der Gestaltung des Faktums in ähnlicher Weise unabhängig, wie das Rangverhältnis der Spezialität.

Wie es für die Feststellung des Rangverhältnisses der Spezialität lediglich darauf ankam, ob der eine abstrakte Tatbestand im anderen enthalten ist, so kommt es für die Feststellung des Rangverhältnisses der Konsumtion lediglich darauf an, ob der im einen Tatbestand umschriebene Sachverhalt geeignet ist (sein kann), Bestandteil des in dem anderen umschriebenen zu bilden.

Wir können daher definieren:

Das Rangverhältnis der Konsumtion besteht zwischen Rechtssätzen dann, wenn das in dem einen Tatbestand (lex consumta) umschriebene Ereignis generell geeignet ist, Bestandteil des in dem anderen (lex

---

[245]) Hierauf legt besonderen Wert M. E. Mayer, Lehrb. 503: „Für die Konsumtion ist . . . charakteristisch, daß mit der Erfüllung der lex consumens die der lex consumpta nur regelmäßig, aber nicht ausnahmslos verbunden ist.“ Aehnlich Lent a. a. O. S. 36. Dohna a. a. O. S. 405.

[246]) Angeführt bei Honig a. a. O. 73.

consumens) umschriebenen zu bilden (ohne daß es im konkreten Fall logisch notwendig wäre).

Der in dem einen Tatbestand umschriebene Sachverhalt ist also geeignet, den in dem anderen umschriebenen mit zu umfassen. Bedeutung gewinnt ein solches Rangverhältnis für uns dann, wenn durch das Verhalten des Täters Gesetzesbestimmungen verwirklicht worden sind, die in einem solchen Rangverhältnis zueinander stehen, und zwar dann, wenn es im konkreten Fall zu einer Konkurrenz solcher Gesetzesbestimmungen kommt.

2) Die Konsumtion als Konkurrenzform.

Von dem Rangverhältnis der Konsumtion ist die Konkurrenzform streng zu scheiden.[247])

a) Begriff und Wesen.

Als Konkurrenzform muß die Konsumtion das für eine jede Konkurrenzform wesentliche Merkmal aufweisen: Das Faktum, sei es als Ganzes, seien es einzelne Bestandteile desselben, muß die Tatbestände mehrerer Gesetzesbestimmungen erfüllen; die etwaige Anwendung aller erfüllten Tatbestände auf das Faktum müßte, wenn man sie als einzelne betrachtet, als zulässig und notwendig erscheinen.

Die Besonderheit dieser Konkurrenzform gegenüber anderen besteht darin, daß es sich um die Realisierung von Tatbeständen handelt, die im Rangverhältnis der Konsumtion zueinander stehen; d. h. der in dem einen Tatbestand umschriebene Sachverhalt (lex consumens) muß generell geeignet sein, den in dem anderen Tatbestand umschriebenen (lex consumta) zu umfassen. Die Intention des Gesetzgebers geht nun keinesfalls dahin, daß dort, wo eine Doppelwertung des Sachverhalts möglich ist, diese auch vorgenommen werden muß. Das hat die Erörterung der Konkurrenzform der Spezialität deutlich gezeigt. Eine mehrfache Wertung ist vielmehr nur dann notwendig, also für zulässig zu halten, wenn das Faktum eine mehrfache Bedeutung in juristischer Beziehung hat, und zwar sowohl in objektiver wie in subjektiver Hinsicht, mithin einen mehrfachen Unrechts- und Schuldwert aufweist.

Das ist aber nicht dann immer der Fall, wenn durch das Verhalten des Täters Gesetzesbestimmungen verwirklicht worden sind, die in dem Rangverhältnis der Konsumtion zueinander stehen. Wenn der Täter ein fremdes Gebäude vorsätzlich in Brand setzt, so ist der Tatbestand der Brandstiftung erfüllt, aber auch der der Sachbeschädigung. Eine Wertung des Faktums auf Grund beider Tatbestände ist daher möglich.

Wertet man nun aber den Sachverhalt zunächst auf Grund des Tatbestandes der Brandstiftung, sodann auf Grund des Tatbestandes der Sachbeschädigung oder umgekehrt, so wird man feststellen müssen, daß sich diese zweite Wertung auf dieselben Willensakte bezieht, wie die erste; sodaß es zunächst fraglich erscheint, welche Wertung als Verstoß gegen die materiellrechtlichen Konsequenzen des Grundsatzes ne bis in idem erscheint.

Die nähere Betrachtung zeigt jedoch, wenn man die Zweckbestimmung beider Gesetzesbestimmungen betrachtet, einen Unterschied. Durch

---

[247]) cf. Lent a. a. O. 16.

das Verbot der Sachbeschädigung soll fremdes Eigentum geschützt werden; durch das Verbot der Brandstiftung zwar ebenfalls, aber darüber hinaus die Sicherheit der Bevölkerung. Die Wertung des Faktums unter dem Gesichtspunkt der Brandstiftung erweist sich mithin als vollständige juristische Wertung des Faktums, die zugleich den Unrechts- und Schuldwert umfaßt, der in der Verwirklichung des Tatbestandes der Sachbeschädigung liegt. Das bedarf noch kurz der Begründung. Wenn man die Gesetzesbestimmungen als einzelne betrachtet, also unabhängig voneinander, so ist unverkennbar, daß die Verwirklichung der in Betracht kommenden Gesetzesbestimmungen je einen besonderen Unrechts- und Schuldwert enthält. Setzt man aber die durch das Verhalten des Täters verwirklichten Gesetzesbestimmungen zueinander in Beziehung, was, wie wir schon mehrfach betont haben, zur Ermittlung eines einwandfreien Urteils erforderlich ist, so erkennt man zweifellos, daß es der Intention des Gesetzgebers nicht entspricht, einem solchen Sachverhalt einen mehrfachen Unrechts- und Schuldwert beizumessen: denn wenn der Gesetzgeber die Tatbestände so geformt hat, daß der eine geeignet ist, Bestandteil des in dem anderen umschriebenen Sachverhalts zu bilden, andererseits den einen Tatbestand in dem anderen in keiner Weise zum Ausdruck bringt. (etwa als qualifizierenden oder privilegierenden Umstand) so muß man m. E. daraus die Folgerung ziehen, daß der Gesetzgeber der Verwirklichung der lex consumta gegenüber der Verwirklichung der lex consumens keinen besonderen Unrechts- und Schuldwert beimißt.

Nicht anders ist der Fall gelagert, wenn der Anstifter durch die Art der Anstiftung dem Angestifteten zugleich einen Rat zur Ausführung des Verbrechens gibt und d a d u r c h z u g l e i c h den Tatbestand der Beihilfe verwirklicht. (Eine und dieselbe Handlung). Denn der Unrechts- und Schuldwert, der in der Anstiftung liegt, umfaßt den in der Verwirklichung des Tatbestandes der Beihilfe liegenden mit.

Ebenso muß aber entschieden werden, wenn die Beihilfe der Anstiftung nachfolgt; denn dieser Fall ist dem vorhergehenden wesensgleich. Er unterscheidet sich dadurch von ihm, daß in der Verwirklichung des einen nicht zugleich die des anderen liegt, sondern es beruhen die Verwirklichungen beider Tatbestände auf gesonderten Willensakten. Er hat mit ihm aber gemeinsam, daß die realisierten Tatbestände im Rangverhältnis der Konsumtion zueinander stehen. Zwar bildet h i e r die Beihilfe nicht Bestandteil der Anstiftung; das ist aber nach unserer Auffassung durchaus nicht erforderlich. Wesentlich ist nur die Feststellung, daß sie es bilden k a n n. Die Richtigkeit dieser Behauptung zeigt sich in der Bedeutung, die das Rangverhältnis für die Ermittlung des Unrechts- und Schuldwertes des Faktums hat.

Die Feststellung des umfassenderen Unrechts- und Schuldwertes, der in der Realisierung des Tatbestandes der Brandstiftung lag, war das Ergebnis des Vergleichs beider Schuld- und Unrechtswerte. Jeder Vergleich setzt ein gemeinsames Wertungsobjekt, einen gemeinschaftlichen Beziehungspunkt voraus. Dieser war die Zweckbestimmung beider Gesetze. Da die Zweckbestimmung eines Rechtssatzes aber darin besteht, den durch die gesetzlichen Tatbestände anerkannten Rechtsgütern Schutz zu gewäh-

ren,[248]) so ergab sich als gemeinsames Wertungsobjekt die Gleichartigkeit des von den beiden Rechtssätzen geschützten Rechtsgutes. Gleichartigkeit des Rechtsgutes bedeutet aber nicht Identität, sondern ist auch dann gegeben, wenn „das eine Rechtsgut . . . gegenüber dem andern als das umfassende anzusehen ist".[249])

Sagten wir nun, das Rangverhältnis der Konsumtion sei gegeben, wenn der in dem einen Gesetz umschriebene Tatbestand einen Bestandteil des in dem anderen umschriebenen bilden kann und nicht muß, und fragen wir jetzt, welches die Ursache dafür ist, so kann die Antwort nur lauten: die Gleichartigkeit des abstrakten Rechtsgutes.

Sie ist mithin das Moment, welches die im Rangverhältnis der Konsumtion zueinander stehenden Gesetze verbindet. Das unterscheidende Kriterium ist der Schuld- und Unrechtswert, der in der Verletzung des Rechtsgutes durch die in den beiden Gesetzen umschriebenen Sachverhalte besteht. Die Bedeutung des Rangverhältnisses ist mithin einerseits die, daß seine Feststellung einen Vergleich beider Unrechts- und Schuldwerte ermöglicht; andererseits ist die Bedeutung die, daß sie das Ergebnis dieses Vergleichs ermöglicht, d. h. die Feststellung des umfassenden Unrechts- und Schuldwertes der lex consumens.

Hat aber der Gesetzgeber dadurch, daß er die Gesetzesbestimmungen in dieses Rangverhältnis zueinander gestellt hat, zu erkennen gegeben, daß der Schuld- und Unrechtswert der Brandstiftung den einer etwaigen Sachbeschädigung (fremdes Eigentum) mit umfasse, oder allgemein ausgedrückt, daß der Schuld- und Unrechtswert der lex consumens den der lex consumta mitumfasse, dann erweist es sich als unerheblich, ob die Verwirklichung der Tatbestände durch eine oder durch mehrere Handlungen erfolgt ist, ob beide Gesetzesbestimmungen zugleich erfüllt sind, oder ob die eine der anderen nachfolgt, da die Möglichkeit des Vergleichs ebensowenig beeinträchtigt wird, wie die Ermöglichung seines Ergebnisses; denn für die Frage Verbrecheneinheit oder Verbrechensmehrheit (mehrfacher oder einfacher Unrechts- und Schuldwert der Tat) ist das Vorliegen von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit durchaus unerheblich, wie bei der Erörterung der Ideal- und Realkonkurrenz bereits gezeigt worden ist.

Die eben erörterten Fälle stimmen darin überein, daß einerseits mehrere Gesetzesbestimmungen verwirklicht sind, die in dem Rangverhältnis der Konsumtion zueinander stehen, und daß andererseits der Unrechts- und Schuldwert der lex consumens den der lex consumta mitumfaßt.

Damit haben wir den Begriff der Konsumtion als Konkurrenzform gewonnen. Diese ist gegeben, wenn durch das Verhalten des Täters mehrere Gesetzesbestimmungen verwirklicht sind, die im Rangverhältnis der Konsumtion zueinander stehen und wenn der Unrechts- und Schuldwert, der in der Verwirklichung der einen Gesetzesbestimmung liegt (lex consumta), von dem Unrechts- und Schuldwert, der in der Verwirklichung des anderen Tatbestandes liegt, mit umfaßt wird.

---

[248]) cf. R. v. Hippel a. a. O. S. 10.
[249]) cf. Honig, Strafl. Vor- und Nachtat 67.

In ähnlicher Weise formuliert Beling:[250]) Konsumtion sei gegeben, „wenn ... eine Abgeltung der Tat, die lediglich aus dem einen, dem primären, Strafgesetz erfolgt, ihren Unrechts- und Schuldwert so völlig erfaßt, daß die gleichzeitige Subsumtion der Tat unter den anderen Tatbestand . . . auf sich beruhen bleiben muß". Sauer gibt die Merkmale der Konsumtion in der Weise an, daß er sagt:

„Ein Gesetz ist deswegen nicht anzuwenden, weil ein anderes gerade in diesem besonderen Fall den Sachverhalt, also den konkreten Tatbestand erschöpfend ... würdigt".[251])

Zwar stellt Sauer durch die Worte „in diesem besonderen Fall" die Konsumtion in einen Gegensatz zur Spezialität — insofern vermag ich Honig nicht zuzustimmen, der behauptet, daß die Formulierung Sauers „keine Erklärung der Konsumtion als solcher (bilde), sondern ... nicht weniger für die Spezialität . . . (gelte)" aber er vermag durch diese Formulierung — und darin ist Honig l. c. zuzustimmen — keine Abgrenzung gegenüber der Subsidiarität zu geben, für die — das sei vorweg bemerkt, — in gleicher Weise das zutrifft, was Sauer über die Konsumtion sagt: erschöpfende Würdigung des konkreten Tatbestandes in einem besonderen Fall. Ebensowenig, wie der Formulierung Sauers, kann der Wachenfelds zugestimmt werden.[252]) Wenn er das Wesen der Konsumtion aus dem Vergleich der §§ 211 und 206 StGB. zu erklären sucht und sagt: „Der § 206 ist gerade deshalb gegeben, um die Strafe nach § 211 abzuwenden", so führt er als Beispiel für einen Konsumtionsfall einen Fall an, der nach unserer Auffassung unzweifelhaft zur Spezialität gehört und der auch allgemein als solcher gewertet wird.[253])

Aus der Definition der Konkurrenzform der Konsumtion, wie wir sie formuliert hatten, ergibt sich, daß der Schuldwert, der in der lex consumta liegt, von dem Schuldwert, der in der lex consumens liegt, mitumfaßt wird.

Durch dieses Moment unterscheidet sich die Konsumtion von der Ideal- und von der Realkonkurrenz, denn bei diesen Konkurrenzformen stehen die Unrechts- und Schuldwerte als mehrere gleichwertige gegenüber.

Aus der Definition ergibt sich einerseits, daß das Vorliegen der Konkurrenzform Konsumtion unabhängig davon ist, ob Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit gegeben ist;[254]) andererseits folgt aus der Definition, daß nicht immer dann, wenn durch das Verhalten des Täters mehrere im Konsumtionsverhältnis zueinander stehende Gesetze verwirklicht sind, die Annahme der Konkurrenzform der Konsumtion berechtigt ist.

---

250) Grdz. 6. und 7. Aufl. 100.

251) Sauer a. a. O. S. 480, gegen ihn Honig a. a. O. S. 67.

222) cf. Wachenfeld, Verbrechenskonk. 54.

253) cf. Liszt-Del.-Kohlr. § 211 Anm. 5. Olshausen a. a. O. § 205 N. 2. Hälschner, Deutsches Strafrecht II, 953.

254) Uebereinstimmend: Honig l. c. 73. M.-Allfeld 236. Gerland a. a. O. 160/1. Frank a. a. O. § 73, VII, 2, c.
M.-Allfeld 235. Binding, Lehrb. 333. van Calker 88. Doerr, Strafr. I, 124. Höpfner a. a. O. I, 173, 182. Köhler: Strafr. 568. R. Schmidt, Grdr. 181.

Wie bei der Spezialität mit der Verwirklichung der im Spezialitätsverhältnis zueinander stehenden Gesetzesbestimmungen durchaus nicht immer die Konkurrenzform der Spezialität gegeben ist, so ist hier die Verwirklichung der im Rangverhältnis der Konsumtion zueinander stehenden Gesetze als solche nicht gleichbedeutend mit dem Vorliegen der Konkurrenzform der Konsumtion. Hier wie dort ist die Beachtung des Unrechts- und Schuldwertes der verwirklichten Tatbestände erforderlich. Beide Konkurrenzformen unterscheiden sich durch die Bedeutung, die das Rangverhältnis für die Ermittlung des Schuld- und Unrechtswertes hat. Bei der Konkurrenzform der Spezialität ermöglicht das Rangverhältnis die Feststellung, daß der Tat nur ein Schuld- und Unrechtswert zukommt, bei der Konkurrenzform der Konsumtion dagegen, wie wir bereits ausgeführt haben, ermöglicht das Rangverhältnis den Vergleich beider Unrechts- und Schuldwerte, zugleich aber auch die Feststellung, daß der eine Unrechts- und Schuldwert (d. h. der der lex consumens) den anderen Unrechts- und Schuldwert (d. h. den der lex consumta) mitumfaßt, also konsumiert.

Aus dem Begriff der Konkurrenzform ergibt sich ihre Rechtsnatur. Da der Unrechts- und Schuldwert der lex consumens den der lex consumta mitumfaßt, ist zur vollständigen rechtlichen Würdigung des Faktums nur die Anwendung der lex consumens erforderlich; es liegt mithin nur eine Gesetzesverletzung vor. Da nach unserer Auffassung aber Einheit der Gesetzesverletzung und Einheit des Verbrechens gleichwertige Begriffe darstellen, erweist sich die Konkurrenzform der Konsumtion als Fall der Verbrecheneinheit. Da aber trotz Einheit der Gesetzesverletzung mehrere Tatbestandsverwirklichungen vorliegen, und zwar mehrere verschiedene, stellt sie einen Fall der „Konkurrenzformen bei Zusammentreffen mehrerer verschiedener Tatbestandsverwirklichungen“ dar.

a) Der für die Konkurrenzform der Konsumtion maßgebliche Bewertungsgrundsatz.

Da der Unrechts- und Schuldwert des Faktums durch Anwendung der lex consumens voll erfaßt wird, ergibt sich der Bewertungsgrundsatz:

In den Fällen der Konkurrenzform Konsumtion darf die Schuldigsprechung nur auf die lex consumens gestützt werden, oder wie er in allgemein üblicher Formulierung lautet:

lex consumens derogat legi consumtae.

b) Stellungnahme zu der Ansicht von Lent.

Während wir der vom individuell bestimmten Einzelfall losgelösten Betrachtung der Gesetzesbestimmungen für die Ermittlung der Konkurrenzformen der Spezialität und Konsumtion Bedeutung zuerkannten, also die Konkurrenzform aus der Beziehung des Faktums zu dem zwischen den verwirklichten Gesetzesbestimmungen bestehenden Rangverhältnis herleiteten, vermeidet Lent gerade die Heranziehung der abstrakten Gesetzesbestimmungen, sucht die Konkurrenzformen aus den Beziehungen der „konkreten Tatbestände“ zueinander herzuleiten.

Daß seiner Formulierung der Spezialität nicht zugestimmt werden kann, haben wir bereits bei der Erörterung der Spezialität nachge-

wiesen. Aber auch seiner Formulierung der Konsumtion stehen Bedenken entgegen. Er sagt:[255]) „... in diesen gewöhnlich zur Konsumtion gerechneten Fällen (liegt) eine Deckung der Tatbestände vor, die zur Einheit des Tatbestandes führt".

In dieser Formulierung liegt die Behauptung, daß für die Konsumtion die Deckung der nach den abstrakten Tatbeständen gebildeten konkreten Tatbestände wesentlich sei. Dem muß nach unseren obigen Ausführungen widersprochen werden; denn, wie wir an dem Beispiel des Verhältnisses von Anstiftung und Beihilfe gesehen haben, ist Konsumtion auch dann anzunehmen, wenn beide Tatbestände zeitlich nacheinander verwirklicht werden, wenn also die beiden nach den abstrakten Tatbeständen gebildeten konkreten Tatbestände in einem ihrer „Individualisierungsmomente", nämlich der Identität der Handlung nicht übereinstimmen, sich also nicht decken.

Lent verneint allerdings in diesem Fall die Möglichkeit von Konsumtion, er sagt,[256]) man müsse sich hüten, bei der Konkurrenz von Anstiftung und Beihilfe die Voraussetzungen des Zusammentreffens der Gesetze denen bei der Konsumtion gleichzusetzen.

Er begründet diese Ansicht damit, daß es in diesen Fällen an der Identität der Verbrechen fehle. „Denn das Verbrechen, zu welchem jemand anstiftet, besteht streng genommen nur in der Vorstellung des Angestifteten und des Anstifters, und wenn man von einem ausgeführten Verbrechen sagt, es sei zu ihm angestiftet worden, so stellt man damit nicht eine wirkliche Identität fest, sondern gibt ein Urteil ab auf Grund der Uebereinstimmung des ausgeführten Verbrechens mit jener Vorstellung".[257]) „Es besteht also stets nur ein geistiger Zusammenhang zwischen der Anstiftung und der Ausführung ohne Identität von Handlung, Verschulden und Gesetz und darum muß man sich hüten, bei der Konkurrenz von Anstiftung und Beihilfe die Voraussetzungen des Zusammentreffens der Gesetze denen bei der Konsumtion gleichzusetzen".[258])

Wie aus den Ausführungen Lents ersichtlich, berücksichtigt er trotz der allgemeinen Formulierung seiner Behauptung (man müsse sich hüten...) nur einen Fall des Zusammentreffens von Anstiftung und Beihilfe, nämlich die zeitlich nachfolgende Beihilfe und beachtet nicht, daß Anstiftung und Beihilfe durch eine und dieselbe Handlung begangen werden können.

Für diese Fälle der Konkurrenz von Anstiftung sind nun seine Argumente ganz offensichtlich unanwendbar; denn an der Identität der Individualisierungsmerkmale kann keinesfalls gezweifelt werden.

Aber auch in den von ihm berücksichtigten Fällen vermag die von ihm angeführte Begründung seine Behauptung nicht zu rechtfertigen.

Er behauptet, es liege dann, wenn die Beihilfe der Anstiftung nachfolge, keine Identität der (konkreten) Verbrechen vor; denn das

---

[255]) a. a. O. S. 22.
[256]) a. a. O. S. 26.
[257]) a. a. O. 26.
[258]) l. c. 26.

Verbrechen, zu dem angestiftet sei, bestehe nur in der Vorstellung des Angestifteten und des Anstifters. Vergegenwärtigen wir uns, daß Verbrechen = Gesetzesverletzung = strafbare Handlung ist, und daß zum Begriff einer jeden strafbaren Handlung ein Erfolg gehört, der in den einzelnen gesetzlichen Tatbeständen umschrieben ist und betrachten wir nunmehr die §§ 48, 49 StGB., so kommen wir zu folgendem Ergebnis:

Die Anstiftung erweist sich als strafbare Handlung, wenn die strafbare Handlung, zu der angestiftet worden ist (z. B. die Ermordung des A) begangen worden ist. Von einem Verbrechen der Anstiftung kann also keinesfalls schon dann gesprochen werden, wenn der Angestiftete den Entschluß der Ausführung des Verbrechens gefaßt hat. Wäre zu diesem Zeitpunkt das Delikt der Anstiftung bereits vollendet, dann wäre man allerdings berechtigt, zu sagen, bei der Anstiftung bestehe das Verbrechen, zu dem angestiftet sei, nur in der Vorstellung des Angestifteten und des Anstifters.

Da aber die Vollendung des Verbrechens, zu dem angestiftet worden ist, kraft ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes der die Strafbarkeit der Anstiftung begründende Erfolg ist, ist das Delikt der Anstiftung erst dann vollendet, wenn dieser Erfolg wirklich eingetreten ist.

Es ist daher unrichtig, wenn Lent sagt, bei der Anstiftung bestehe das Verbrechen, zu dem angestiftet worden ist, nur in der Vorstellung des Angestifteten. Das Verbrechen besteht in Wirklichkeit, denn nur dann ist man berechtigt, im Rechtssinne von Anstiftung zu sprechen, nur dann erweist sich die Anstiftung als strafbare Handlung.

Wenn Lent nun seine Behauptung gerade damit begründet, daß das Verbrechen, zu dem angestiftet sei, lediglich in der Vorstellung des Angestifteten bestehe, so erweist sich seine Behauptung als nicht schlüssig.[259])

Die Erörterungen Lents zwingen daher auch nicht in den von ihm berücksichtigten Fällen der Konkurrenz von Anstiftung und Beihilfe zur Ablehnung der Konsumtion.

Sind wir aber berechtigt, trotz der Ausführungen Lents in beiden Arten der Konkurrenz von Anstiftung und Beihilfe Konsumtion anzunehmen, so erweist sich der von Lent aufgestellte Konsumtionsbegriff als unrichtig, denn die Deckung der konkreten Tatbestände kann für die Annahme der Konsumtion nicht wesentlich sein.

Aber auch wenn man im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung in dem von Lent betrachteten Fall der Konkurrenz von Anstiftung und Beihilfe keine Konsumtion annehmen würde, könnte der Formulierung Lents nicht zugestimmt werden. Wenn er sagt, in den Fällen der Konsumtion liege eine Deckung der konkreten Tatbestände vor, die zur Einheit des Tatbestandes führe, so wäre die Tatsache der Deckung der konkreten Tatbestände unbestreitbar (cf. z. B. das Verhältnis von Brandstiftung und Sachbeschädigung), aber in der Formulierung wird nicht diese Tatsache als solche erwähnt, sondern es wird behauptet, daß die Deckung zur Einheit des Tatbestandes führt. Das

---

[259]) cf. Honig a. a. O. S. 76.

ist aber unrichtig; denn die Deckung wird ihrerseits erst dadurch ermöglicht, daß der Gesetzgeber die abstrakten Tatbestände so geformt hat, daß das im einen umschriebene Ereignis geeignet ist, Bestandteil des in dem anderen umschriebenen zu bilden, m. a. W. dadurch, daß er die abstrakten Tatbestände in ein bestimmtes Rangverhältnis zueinander gestellt hat.

Nicht die Deckung der konkreten, sondern die Beziehung des Faktums zu den im Rangverhältnis der Konsumtion zueinander stehenden Gesetze führt, um mit Lent zu sprechen, zur Einheit des Tatbestandes.

d) Erscheinungsformen der Konsumtion.

Durch die Feststellung, daß Konsumtion sowohl bei ein und derselben Handlung als auch bei Vorliegen mehrerer Handlungen möglich ist, ergibt sich, daß zwei Gruppen von Konsumtionsfällen gegenüberzustellen sind:

1. Konsumtion bei Handlungseinheit,
2. Konsumtion bei Handlungsmehrheit.

Unter den Konsumtionsfällen bei Handlungseinheit bedarf das Verhältnis von Verletzungs- und Gefährdungsdelikten besonderer Beachtung.

aa) Die Konkurrenz von Verletzungs- und Gefährdungsdelikten, ein Fall der Konsumtion bei Handlungseinheit?

Die Rechtsnatur dieser Gruppe von Konkurrenzfällen ist bestritten. Die h. M.[260]) steht auf dem Standpunkt, daß das Rangverhältnis zwischen den Verletzungs- und Gefährdungsdelikten Konsumtion bezw. Subsidiarität sei, indem das Gefährdungsdelikt durch das Verletzungsdelikt konsumiert bezw. in subsidiäre Stellung gebracht werde. Hierbei werden die Ausdrücke Konsumtion und Subsidiarität abwechselnd verwendet. Um zu der Frage Stellung zu nehmen, scheint es mir erforderlich, diese Deliktsarten kurz zu charakterisieren.

Betrachtet man die Bestimmungen des Strafgesetzbuches unter dem Gesichtspunkt, von welcher Art der in ihnen unter Strafe gestellte Erfolg ist, dann wird man die Feststellung machen können, daß der Erfolg einer strafbaren Handlung entweder darin besteht, daß ein konkretes Rechtsgut = Objekt verletzt wird, oder schon darin, daß es nur gefährdet wird. Diejenigen Gesetzesbestimmungen, die die Verletzung eines Rechtsgutes unter Strafe stellen, bilden die Gruppe der Verletzungsdelikte, während diejenigen Bestimmungen, die bereits die Gefährdung eines Rechtsgutes mit Strafe bedrohen, treffend als Gefährdungsdelikte bezeichnet werden.[261])

Als Beispiel für ein Verletzungsdelikt möchte ich die Tötung (§ 212) anführen, als Beispiel für ein Gefährdungsdelikt die Aussetzung (§ 221); denn diese ist nicht erst mit der Verletzung eines Rechtsgutes vollendet, da Tatbestandselement für sie gerade nicht eine Verletzung, sondern eine

---

[260]) So Binding, Hdb. 358 ff. Dohna a. a. O. 405. van Calker a. a. O. 70. Gerland a. a. O. 162. Frank a. a. O. 73, VII 2 b β (allerdings mit erheblicher Einschränkung). Olshausen a. a. O. § 73 Z. 13 b. Köhler 79. Lobe a. a. O. 34. Wachenfeld, Verbrechenskonkurrenz 55. Wachenfeld, Lehrb. 106.

[261]) cf. M. E. Mayer, Lehrb. 127 ff. Gerland, Lehrb. 86.

Verletzungsmöglichkeit ist, während bei der Tötung gerade die Verletzung des Rechtsgutes „Leben" zu den Tatbestandsmerkmalen gehört.

Unter den Gefährdungsdelikten lassen sich wiederum zwei Gruppen unterscheiden: die abstrakten und die konkreten. Das Wesen der abstrakten Gefährdungsdelikte kann man in der Weise formulieren, daß man sagt, es wird in ihnen eine Handlung unter Strafe gestellt, die regelmäßig — also nicht immer — eine Gefährdung eines Rechtsgutes enthält, die aber ausnahmslos — also ohne Rücksicht darauf, ob wirklich eine konkrete Gefährdung vorliegt oder nicht — strafbar ist. Im Gegensatz zu ihnen findet eine Bestrafung des Täters bei Vorliegen eines konkreten Gefährdungsdeliktes nur dann statt, wenn eine Gefährdung wirklich eingetreten ist.

So liegt im Falle des § 368 Z. 6 StGB. ein konkretes Gefährdungsdelikt vor; denn nur dann soll der Täter bestraft werden, wenn er an gefährlichen Stellen des Waldes oder der Heide oder in gefährlicher Nähe von Gebäuden oder feuerfangenden Sachen Feuer anzündet, sodaß hier der Richter jedesmal das Vorliegen der konkreten Gefährdung zu prüfen hat.

Andererseits enthalten die Ziffern 2—4 des § 368 l. c. nur abstrakte Gefährdungsdelikte; denn hier wird der Täter, z. B. wenn er es unterläßt, zur Verlegung einer Feuerstätte die polizeiliche Erlaubnis einzuholen, bestraft, ganz gleich, ob dadurch eine konkrete Gefährdung eingetreten ist oder nicht.

Haben wir uns somit Klarheit verschafft über Begriff und Arten der Gefährdungs- und Verletzungsdelikte, dann sind wir in der Lage, uns der Frage zuzuwenden:

> bildet das Zusammentreffen von Gefährdungs- und Verletzungsdelikten, wie die h. M. annimmt, einen Fall der Konkurrenzform Konsumtion?

Wir sagten schon vorhin, daß die h. M. zwischen Gefährdungs- und Verletzungsdelikten Konsumtion bezw. Subsidiarität annimmt, hinzuzufügen haben wir aber, daß die h. M. die konsumierende Kraft, also die Ursache der Konsumtion bei den Gefährdungsdelikten nicht in dem vollständigeren Rechtsgüterschutz, bezw. in der vollen Erfassung des Schuld- und Unrechtswertes der Tat durch die lex consumens sieht, sondern darin, daß die Verletzung — also eine Handlung — die Gefährdungshandlung umfasse; und daraus folgert man, z. B. Honig, den Satz: „Sind für die Gefährdung und Verletzung eines Objekts verschiedene Rechtsnormen vorhanden, so gilt das Gleiche im Falle der Verwirklichung dieser Normen".[262])

Der Auffassung, daß die Verletzungshandlung die Gefährdungshandlung konsumiere, kann aber nicht zugestimmt werden. Bedenklich ist die Auffassung schon für die Fälle des Zusammentreffens von konkretem Gefährdungsdelikt und Verletzungsdelikt; hier haben wir allerdings zwei kommensurable Größen: Gefährdung und Verletzung.

> — Kommensurabel sind Gefährdung und Verletzung insofern, als sie einen gemeinsamen Beziehungspunkt haben: die beiden

---

[262]) cf. Honig a. a. O. S. 71.

Gesetze, die in ihrem vollständigen Umfang zum Vergleich herangezogen werden. —

Da beide Größen kommensurabel sind, kann man zwar sagen, es müsse die Gefährdung hinter der Verletzung zurücktreten, da die Verletzungshandlung die Gefährdungshandlung umfaßt. Die wahre Ursache für das Zurücktreten dürfte aber wohl darin zu sehen sein, daß der durch das Verletzungsverbot angestrebte Rechtsgüterschutz so vollständig ist, daß er den durch das Gefährdungsverbot vermittelten Rechtsgüterschutz mit umfaßt, und daß deswegen „eine Abgeltung der Tat .... aus dem Verletzungsdelikt ihren Unrechts- und Schuldwert . . . völlig erfaßt".[263]) Als unrichtig muß dagegen die Ansicht Honigs bezeichnet werden, wenn es sich um ein Zusammentreffen von abstrakten Gefährdungsdelikten mit Verletzungsdelikten handelt: abstrakte Gefährdung und konkrete Verletzung sind inkommensurable Größen; denn man kann unmöglich sagen, es gehe die in jeder abstrakten Gefährdung liegende „präsumtive Deutung eines Erfolges" in einem tatsächlichen Ereignis auf, da man nur immer ein ganzes Gesetz mit einem ganzen Gesetz vergleichen kann. Hier handelt es sich aber nicht um einen Vergleich von zwei Gesetzen, sondern um den Vergleich zwischen dem legislativen Moment — es soll die Tat bestraft werden, weil generell mit ihr eine Gefährdung verknüpft ist — des einen Gesetzes, also eines Teils des einen Gesetzes mit dem ganzen anderen Gesetz.[264])

Wir sehen daraus, daß bei Vorliegen von abstrakten Gefährdungsdelikten und Verletzungsdelikten die konsumierende Kraft des Verletzungsdelikts nicht aus dem Aufgehen der abstrakten Gefährdungs*handlung* in der Verletzungs*handlung* hergeleitet werden kann. Daß eine Konsumtion möglich ist, haben wir damit nicht bestritten, sondern wir haben nur betont, daß sie in dem hier erörterten Falle nicht auf der konsumierenden Kraft der Verletzungshandlung beruht. Die konsumierende Kraft des Verletzungsdelikts kann vielmehr einzig und allein darin gesehen werden, daß der durch das Verletzungsdelikt angestrebte Rechtsgüterschutz umfassender ist als der durch das Gefährdungsdelikt bezweckte, oder anders ausgedrückt, daß der Unrechts- und Schuldwert der Tat durch das Verletzungsdelikt voll erfaßt wird.

Haben wir somit festgestellt, daß zwischen Verletzungs- und Gefährdungsdelikten Konsumtion möglich ist, so fragt sich weiter:

besteht immer zwischen ihnen Konsumtion?

Diese Frage ist zu verneinen.

Voraussetzung des Konsumtionsverhältnisses war, daß der Tatbestand der lex consumta geeignet war, Tatbestand der lex consumens zu sein. Dazu war aber erforderlich, daß Gleichartigkeit des durch beide Gesetze geschützten Rechtsgutes bestand. Gleichartigkeit brauchte nicht, wie wir sahen, Identität zu bedeuten, vielmehr war sie auch dort anzunehmen, wo das durch die lex consumens geschützte Rechtsgut das durch die lex consumta geschützte mit umfaßt.

Läge nun überall, wo es zu einer Konkurrenz von Gefährdungs- und Verletzungsdelikt kommt, Konsumtion vor, dann müßte auch stets

---

[263]) cf. Beling, Grdz. 6. und 7. Auflage, 100.
[264]) Uebereinstimmend: M. E. Mayer, Lehrbuch 504 Anm. 9.

Gleichartigkeit des Rechtsgutes gegeben sein, d. h. entweder Identität oder es müßte der Tatbestand der lex consumens, das wäre das Verletzungsdelikt, das durch die lex consumta, das wäre das Gefährdungsdelikt, geschützte Rechtsgut mit umfassen. Das ist aber oftmals nicht der Fall. Nehmen wir als Beispiel das Verhältnis von § 212 (Tötung) zu § 221 (Aussetzung). § 212 ist Verletzungs-, § 221 ist Gefährdungsdelikt. Das durch § 212 geschützte Rechtsgut ist das Leben, § 221 will ebenfalls das Leben schützen; das zeigt seine systematische Stellung im 16. Abschnitt „Verbrechen wider das Leben". Sein Tatbestand ist aber auch schon erfüllt, wenn das Rechtsgut Leben gefährdet ist, ja auch dann, wenn lediglich eine Gefährdung des Rechtsgutes Körperintegrität vorliegt, m. a. W., das durch § 221 geschützte Rechtsgut ist umfassender als das durch § 212 geschützte. Sollte Konsumtion vorliegen, dann müßte aber gerade das durch § 212 geschützte Rechtsgut das umfassendere sein; denn § 212 müßte als Verletzungsdelikt der lex consumens entsprechen. Ist schon aus diesen logischen Erwägungen die Annahme des Konsumtionsverhältnisses ausgeschlossen, so zeigt sich die Unzulässigkeit der Annahme von Konsumtion noch deutlicher, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß das Ausscheiden der lex consumta deshalb geschehen muß, weil durch die Anwendung der lex consumens die rechtlich relevanten Eigenschaften des Falles erschöpfend gewürdigt werden. Das kann aber dann, wenn es zu einer Konkurrenz von § 212 und § 221 kommt, unzweifelhaft nicht durch die Anwendung des § 212 als Verletzungsdelikt (lex consumens) erreicht werden. Hat der Täter eine wegen Krankheit hilflose Person mit Tötungsvorsatz ausgesetzt und ist die betreffende Person infolge Aussetzung gestorben, so sind die §§ 221 und 212 verwirklicht. Die Schuldigsprechung allein auf Grund des § 212 würde aber die wegen der Erfüllung des § 221 zu würdigenden besonderen Tatumstände gänzlich unberücksichtigt lassen und müßte als lückenhaft bezeichnet werden. Der Schuld- und Unrechtswert der Tat kann mithin nur durch Anwendung beider Gesetze voll erfaßt werden; m. a. W. es ist Idealkonkurrenz anzunehmen.[265])

Das Beispiel zeigt, daß zwischen Verletzungs- und Gefährdungsdelikten nicht stets Konsumtion zu bestehen braucht, daß vielmehr auch Idealkonkurrenz möglich ist.

Das Vorliegen von Idealkonkurrenz wird in diesen Fällen allerdings bestritten,[266]) indem behauptet wird, daß der zur Verwirklichung des § 212 erforderliche Verletzungsvorsatz und der Gefährdungsvorsatz des § 221 in ihrer Richtung auf dasselbe Objekt unvereinbar seien. Das wäre richtig, wenn der Gefährdungsvorsatz des § 221 ein ausschließlicher sein müßte, d. h. ein auf die Aussetzung beschränkter; denn dann könnte es mangels des subjektiven Tatbestandsmerkmales der Aussetzung niemals zu einer Konkurrenz zwischen beiden Delikten kommen.[267])

---

[265]) ebenso Köhler a. a. O. 79 ff. (82).

[266]) So Binding, Normen 1, 122. Binding, Lehrbuch 1, 64. Hälschner, Deutsches Strafrecht 2, 81. v. Wächter a. a. O. 201, N. 3. Habermaas a. a. O. 47.

[267]) cf. Olshausen a. a. O. § 221 N. 13 a.

Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu; denn „da die Aussetzung nicht bloß ein das menschliche Leben gefährdendes Delikt, sondern auch eine onst vom Gesetz nicht zu billigende Handlung darstellt“,[268]) so kann auch er Aussetzungsvorsatz nicht auf die Lebensgefährdung beschränkt sein. Er nuß vielmehr „als ein selbständiger angesehen werden“,[269]) d. h. als in solcher, der den Tatbestand der Aussetzung herbeiführen will, „der ber seine selbständige Bedeutung nicht verliert, falls er gleichzeitig die Herbeiführung anderweitiger Tatbestände im Auge hat“.[270])

Ist aber die Voraussetzung unrichtig, von der die oben genannten Schriftsteller ausgehen, so erweist sich die Behauptung als unbegründet.

Näher kommt unserer Ansicht Frank,[271]) indem er sagt, der Gefährungsvorsatz sei als solcher im Verletzungsvorsatz regelmäßig enthalten, nd daher sei Idealkonkurrenz möglich. Zum entgegengesetzten Ergebnis, . h. zur Ablehnung der Idealkonkurrenz dagegen gelangt von Bar,[272]) bgleich er von derselben Voraussetzung wie Frank ausgeht.[273]) Wenn . Bar, l. c., der Ansicht ist, daß die Aussetzung als solche ausscheidet, wenn er Täter die Aussetzung als Mittel zu einer durch sie zu bewirkenden Tötung der ausgesetzten Person vornimmt, so liegt darin eine Verkennung es Grundsatzes der Fungibilität der Willensbetätigungen.[274]) Gewiß ommt es grundsätzlich nicht darauf an, auf welche Weise ein Tatestand verwirklicht worden ist; es ist also z. B. unerheblich, ob die Tötung urch Erschießen, Erschlagen, Ertränken herbeigeführt worden ist. Ausahmsweise aber ist der Willensbetätigung Bedeutung zuzumessen, nämich dann, wenn sie Gegenstand einer besonderen Strafdrohung bildet. So aber ist hier der Fall gelagert. Die Willensbetätigung besteht in der Aussetzung und bildet als solche Gegenstand einer besonderen Strafrohung. Daß die Folge der Aussetzung der Tod des Ausgesetzten war nd daher die Aussetzung als Mittel der Tötung erscheint, berechtigt nicht llein dazu, von einer gesonderten Wertung der Willensakte, die zur Realisierung des Tatbestandes der Aussetzung geführt haben, Abstand zu ehmen. Anders wäre es allerdings, wenn die Aussetzung als das notvendige Mittel zur Realisierung des Tatbestandes der Tötung erschien. Das ist aber nicht der Fall. Ebenso wie das Verhältnis von § 221 zu § 212 st das Verhältnis von § 223 zu § 366 Z. 6, von § 306 (312) : 211 zu eurteilen.[275])

Zusammenfassend können wir sagen: zwischen den Gefährdungsnd Verletzungsdelikten **kann** Konsumtion bestehen, aber es ist auch Idealkonkurrenz möglich.[276])

---

[268]) cf. Köhler a. a. O. 81. cf. die Strafschärfung in § 221 Abs. 2.
[269]) Köhler a. a. O. 82.
[270]) Köhler l. c.
[271]) a. a. O. § 221 IV.
[272]) a. a. O. 3, 543.
[273]) Ebenso wie von Bar-Honig, Strafl. Vor- und Nachtat 71.
[274]) cf. M. E. Mayer, Lehrb. 115.
[275]) cf. v. Bar a. a. O. 542 Anm. 66. Honig a. a. O. 72.
[276]) cf. Freymann, Das Zusammentreffen von Verletzungsdelikt und Gefährdungsdelikt 36, 48. M. E. Mayer, Lehrb. 504. Köhler, Strafr. 570. Köhler, Grenzl. 83. v. Bar a. a. 3, 542. Wilhelmi, Wirkl.

Nur bei den konkreten Gefährdungsdelikten geht es an zu sagen, die konsumierende Kraft liegt darin, daß die Verletzungshandlung in der Gefährdungshandlung aufgehe. Bei den abstrakten Gefährdungsdelikten muß die konsumierende Kraft, wie auch sonst, darin gesehen werden, daß die lex consumens den Unrechts- und Schuldwert der Tat voll erfaßt.

Nach der Betrachtung der Konsumtion bei Handlungseinheit wollen wir uns der Konsumtion der Handlungsmehrheit zuwenden. Die hierher gehörenden Falle kann man zweckmäßig unter dem Begriff „straflose Vortat" : „straflose Nachtat" zusammenfassen, je nachdem, ob von den mehreren Tatbestandsverwirklichungen die zeitlich frühere oder die zeitlich spätere allein als Gesetzesverletzung angesehen werden muß und Straflosigkeit (Ausscheiden) der anderen zur Folge hat.

bb) Die straflose Vor- und Nachtat als Fall der Konsumtion bei Handlungsmehrheit.

Aus der Behauptung, daß die Fälle der Konsumtion bei Handlungsmehrheit unter den Begriff der straflosen Vor- und Nachtat zusammenzufassen sind, folgt nun keinesfalls, daß alle Fälle der straflosen Vor- und Nachtat zur Konkurrenzform Konsumtion zu rechnen sind.

Die Erörterung der Subsidiarität wird vielmehr ergeben, daß jene Erscheinungsform des Verbrechens auch bei dieser Gruppe von Konkurrenzfällen möglich ist.

Ueber die Rechtsnatur der straflosen Vor- und Nachtat gehen die Meinungen auseinander.

Sie wird teils als Unterfall der Gesetzeskonkurrenz bezeichnet und zwar als Konsumtion.[277])

Daß sie keinen Fall der Gesetzeskonkurrenz bilden kann, geht schon daraus hervor, daß es an dem für die Gesetzeskonkurrenz wesentlichen Merkmal der Handlungs e i n h e i t fehlt.[278])

Im Gegensatz zu den vorgenannten Schriftstellern betrachten Graf zu Dohna, v. Liszt-Schmidt, Sauer und Köhler[279]) die straflose Vor- und Nachtat als Fall der Verbrecheneinheit bei Handlungsmehrheit. Dem muß zugestimmt werden; denn daß eine Handlungsmehrheit und Einheit

---

und scheinb. Konk. 54. Schütze, Lehrb. 394 N. 16. Oppenh.-Del. a. a. O. 221 N. 13. Rüd.-St. a. a. O. 221 N. 10. Olshausen a. a. O. 221 N. 13 a. RG. 25, 321. Frank § 73, VII, 2 b, β.

[277]) So M.-Allfeld 236. Olshausen a. a. O. § 73, 14 a. Frank a. a. O. § 74 V, 3 a, der jedoch nur die straflose Nachtat zur Konsumtion rechnet.

[278]) Hier zeigt sich deutlich die logische Unzulässigkeit des Aufbaus der Konkurrenzlehre auf Grund der Handlungseinheit und -Mehrheit; denn wenn die straflose Vor- und Nachtat einen Konsumtionsfall bilden soll, die Konsumtion andererseits ein Unterfall der Gesetzeskonkurrenz, so müßte sie sämtliche Begriffsmerkmale dieser Konkurrenzform aufweisen, insbesondere die Handlungseinheit.

[279]) v. Liszt-Schm. a. a. O. 340. Sauer a. a. O. 481, 497. Köhler, Strafrecht Allgem. T. 553/556.

des verletzten Gesetzes für die Annahme einer straflosen Vor- oder Nachtat wesentlich sind, dürfte nicht bestritten werden.[280])

Stimmen die genannten Schriftsteller insoweit überein, so gehen ihre Ansichten doch weit auseinander, insofern als sie die Frage betreffen, was die Annahme nur einer Gesetzesverletzung rechtfertige.

v. Liszt-Schm.[281]) sieht die Straflosigkeit der Vortat darin, daß sie „als Mittel zur Begehung eines anderen Verbrechens gedient hat"; die der Nachtat darin, daß sie „als Verwirklichung der zum Begriff eines anderen Verbrechens erforderlichen Absicht erscheint".

Graf zu Dohna[282]) und Sauer[283]) sehen die jedesmalige Ursache in dem zwischen den beiden Gesetzen bestehenden Konsumtionsverhältnis.

Köhler[284]) dagegen betrachtet nur die straflose Nachtat als einen Fall der Konsumtion.

Aus der systematischen Stellung, die wir der straflosen Vor- und Nachtat geben (Konkurrenz bei mehrfacher bloßer Tatbestandsverwirklichung und zwar Verwirklichung mehrerer verschiedener Tatbestände) folgt die Behauptung, daß bei der straflosen Vor- und Nachtat die Einheit der Gesetzesverletzung ihre Ursache darin hauen kann, daß die realisierten Tatbestände zur Konkurrenzform der Konsumtion führen.

Diese Behauptung bedarf im folgenden des Beweises.

A) Die straflose Vortat.

Gehen wir von einem Beispiel aus[285]): der Mittäter erfüllt durch sein Verhalten stets zugleich den Tatbestand der Beihilfe; denn seine Tätigkeit erweist sich zugleich als wissentliche Unterstützung des anderen Mittäters durch Rat oder Tat.[286])

---

280) Eine andere Frage aber ist, ob es berechtigt ist, diesen Fall als besondern Fall der Verbrecheneinheit neben die übrigen zu stellen, wozu die vorgenannten Schriftsteller neigen.

281) v. Liszt-Schm. l. c.

282) a. a. O. 410.

283) a. a. O. 497.

284) l. c.

285) Uebernommen von Honig, Strafl. Vor- und Nachtat 73.

286) Auf den Streit der Theorien, die bemüht sind, die Beihilfe von der Mittäterschaft begrifflich abzugrenzen kann hier nicht eingegangen werden. Es sei daher auf die Ausführungen von Frank: a. a. O. § 47 II verwiesen.

Festzustellen ist aber folgendes:

Es kann nicht bestritten werden, daß der Mittäter durch seine Tätigkeit zugleich den Tatbestand der Beihilfe verwirklicht (eine ganz andere Frage ist die, ob er wegen seiner Teilnahme an dem Delikt auch wegen Beihilfe schuldig gesprochen werden kann!); denn seine Handlung stellt eine bewußte Unterstützung des anderen Täters durch Rat oder Tat zu dem von diesem geplanten Verbrechen dar. Dem steht nicht entgegen, daß die beiden Mittäter das Verbrechen gemeinschaftlich ausführen; denn es ist nicht nur möglich, das gemeinschaftlich ausgeführte Verbrechen als Verbrechen des einen wie des anderen anzusehen, sondern sogar notwendig.

Dennoch ist nur eine Schuldigsprechung wegen Mittäterschaft zulässig, da sie den in der Realisierung des Tatbestandes der Beihilfe liegenden Unrechts- und Schuldwert umfaßt.

Möglich ist aber auch, daß die Mittäterschaft einer vor der Tat geleisteten Beihilfe nachfolgt. Auch in diesem Fall ist Konsumtion anzunehmen: beide Vorschriften schützen dasselbe Rechtsgut (dieses läßt sich allerdings erst aus der Verbindung mit einer Bestimmung des besonderen Teiles ermitteln), aber sie erstreben den Schutz von verschiedenen Gesichtspunkten (Mittäterschaft : Beihilfe). In Beziehung zu dem konkreten Sachverhalt gebracht erweist sich der eine Gesichtspunkt, nämlich die Mittäterschaft, gegenüber dem anderen, der Beihilfe, als der umfassendere, insofern, als er, wie eben ausgeführt, den Unrechts- und Schuldwert, der in der Verwirklichung des Tatbestandes der Beihilfe liegt, mitberücksichtigt. Kann man aber einen Sachverhalt unter verschiedene Rechtssätze subsumieren, so darf man, um mit Honig zu sprechen, die „Grundregel aller strafrechtlichen Subsumtionstätigkeit“[287]) nicht außer Acht lassen, nach der stets nach demjenigen Rechtssatz zu suchen ist, dem das Faktum am vollständigsten entspricht. Aus der Anwendung dieses Satzes auf unseren Fall folgt, daß die Schuldigsprechung nur auf die Mittäterschaft gestützt werden darf.

Da Gleichartigkeit des Rechtsgutes, Verschiedenartigkeit des Rechtsgüterschutzes und volle Erfassung des Unrechts- und Schuldwertes des Sachverhalts durch eine Bestimmung die Begriffsmerkmale der Konsumtion bilden, ist in unserem Beispiel die Konkurrenzform der Konsumtion gegeben. Die lex consumens stellt die Mittäterschaft dar, die lex consumta die Beihilfe. Da die Beihilfe aber die zeitlich vorausgehende Handlung = Vortat war, die Mittäterschaft die zeitlich nachfolgende = Nachtat, so ergibt sich, daß bei einer Konkurrenz dieser beiden Formen der Teilnahme die Vortat straflos bleibt. Was aber für das Verhältnis von Mittäterschaft und Beihilfe gilt, muß auch für das Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe Geltung haben.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis: bei einer Konkurrenz zwischen einer leichteren Teilnahmeform und einer ihr folgenden schwereren ist die Konkurrenzform der Konsumtion gegeben. „Immer tritt die leichtere Beteiligung (nach der Rangordnung: Täterschaft, Anstiftung, Beihilfe) hinter der schwereren zurück“.[288])

Soviel ist also sicher: die Straflosigkeit der Vortat kann ihre Ursache in einem zwischen den Vorschriften bestehenden Konsumtionsverhältnis haben. Wenn v. Liszt l. c. die Straflosigkeit der Vortat nur dann annimmt, wenn sie sich als Mittel zur Begehung eines anderen Verbrechens darstellt, so muß dem widersprochen werden. Zunächst ist, wie die letzten Darlegungen zeigen, durchaus nicht erforderlich, daß sich die Vortat als Mittel zur Begehung der Nachtat darstellen muß, um straflos zu sein; andererseits soll nicht verkannt werden, daß es

---

[287]) Honig a. a. O. 29.

[288]) cf. M. E. Mayer, Lehrb. 513. Frank a. a. O. § 73 VII, 1 b. v Liszt-Schm. 332. RG. 27, 273. RG. 33, 402. RG. 36, 25. RG. 44, 208. RG. 47, 372. RG 48, 207. RG. 62, 75.

Fälle gibt, in denen sich die Vortat als Mittel zur Begehung der Nachtat darstellt. Falsch ist es aber, darin die Ursache der Straflosigkeit zu sehen. Die Feststellung der Tatsache, daß die eine Tatbestandsverwirklichung Mittel zur Verwirklichung der anderen ist, hat lediglich indizierende Bedeutung. Diese Behauptung mag an dieser Stelle unbewiesen hingenommen werden. Der Beweis der Richtigkeit ergibt sich aus der Betrachtung der Konkurrenzform Subsidiarität.

Es sei daher auf die Ausführungen auf Seite 158 verwiesen.

Wenn nun M. E. Mayer[289]) im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung diese Teilnahmefälle zur Subsidiarität rechnet, so kann ihm nicht zugestimmt werden. Denn, wenn er „das positive Charakteristikum" der Konsumtion darin sieht, daß das konsumierende Gesetz die „speziellere Bewertung des konkreten Geschehnisses" enthält,[290]) dann müßte er auch in unserem Fall von Konsumtion sprechen; denn offenbar stellt in unserem Beispiel die Bestrafung des Täters wegen Mittäterschaft gerade diese von Mayer geforderte speziellere Bewertung des konkreten Geschehnisses dar. Spezieller ist die Bewertung deshalb, weil der Vergleich der beiden Handlungen: Mittäterschaft und Beihilfe als Formen der Teilnahme ergibt, daß die Mittäterschaft, um mit Mayer zu reden, „die strafrechtlich relevanten Eigenschaften des Vorkommnisses so vollständig wie ein spezielles Gesetz"[291]) erschöpft. Wenn Mayer demnach wegen Mehrheit der Handlung hier Subsidiarität annimmt und die Konsumtion auf die Fälle der Handlungseinheit beschränkt, dann beruht das auf methodischen Gründen; denn er ist bemüht, Spezialität und Konsumtion als Unterfall der Gesetzeskonkurrenz und Subsidiarität als Unterfall der Realkonkurrenz aufzufassen[292]), während wir bereits mehrfach feststellen mußten, daß das Vorliegen einer oder mehrerer Handlungen für eine der vorgenannten Konkurrenzformen, nämlich die Konsumtion, unerheblich ist.

Diese Auffassung Mayers[293]) mag aus methodischen Gründen gerechtfertigt sein, denn es ist nicht zu verkennen, daß bei Annahme dieses engen Konsumtionsbegriffes, wie ihn Mayer vertritt, die übliche Gliederung der Konkurrenzformen unter dem Gesichtspunkt von Handlungseinheit und -mehrheit logisch durchführbar ist. Festzustellen ist aber, daß die Beschränkung der Konsumtion auf die Fälle der sog. Gesetzeskonkurrenz, also auf die Fälle der Handlungseinheit mit dem Wesen der Konsumtion nicht vereinbar ist und demgemäß als willkürlich bezeichnet werden muß.

---

289) a. a. O.
290) M. E. Mayer a. a. O. 504.
291) M. E. Mayer a. a. O. 504.
292) der für die Gruppierung der Konkurrenzfälle maßgebliche Gesichtspunkt ist nach seiner Auffassung das Vorliegen von Handlungseinheit oder -Mehrheit.
293) a. a. O. S. 513.

B) Die straflose Nachtat.

Nicht nur die Straflosigkeit der Vortat, sondern auch die der Nachtat kann ihre Ursache in dem zwischen den beiden Tatbeständen bestehenden Konsumtionsverhältnis haben.

Ein Beispiel dafür haben wir bereits bei der Feststellung des Begriffes der Konsumtion als Konkurrenzform kennen gelernt. Wenn der Dieb die gestohlene Sache zerstört (z. B. verbraucht), so ist der Tatbestand des Diebstahls und der Tatbestand der Sachbeschädigung erfüllt. Das abstrakte Verhältnis (besser generelle Verhältnis) von Diebstahl und Sachbeschädigung ist Konsumtion; denn der im Tatbestand der Sachbeschädigung umschriebene Sachverhalt ist geeignet, Bestandteil des im Tatbestand des Diebstahls umschriebenen zu bilden. Gleichartigkeit des Rechtsgutes, Verschiedenartigkeit des Rechtsgüterschutzes ist gegeben. Aber nicht nur das Rangverhältnis der Konsumtion liegt vor, sondern im vorliegenden konkreten Fall ist auch der Begriff der Konkurrenzform Konsumtion erfüllt; denn durch Anwendung des Tatbestandes des Diebstahls, der lex consumens, wird der Unrechts- und Schuldwert des Faktums voll gewürdigt. Der Wille des Diebes ist darauf gerichtet, sich durch Wegnahme die Sachen zuzueignen. Ist der Wille in äußerlich erkennbarer Form einmal bekundet, und damit die Eigentumsverletzung zur Vollendung gelangt, „so können spätere Dispositionen, welche der Täter auf Grund der Anmaßung des fremden Eigentums und infolge der Zueignungsabsicht über die von ihm besessene, unterschlagene Sache trifft, mögen sie in einer Veräußerung, Verpfändung, Beschädigung oder substantiellen Vernichtung bestehen, nicht als neue selbständige Straftaten . . ., sondern nur als weitere Ausführungsakte zur Verwirklichung des . . . Unterschlagungsvorsatzes angesehen werden“.[294]) Lex consumens war der Diebstahl, lex consumta die Sachbeschädigung. Da der Unrechtswert der lex consumta durch die Anwendung der lex consumens mit erfaßt wird, kann die Schuldigsprechung nur auf letztere gestützt werden. Die Willensakte, die zur Realisierung der lex consumta geführt haben, bleiben also straflos und sind, da sie die nachfolgende Handlung darstellen, mit Recht als straflose Nachtat zu bezeichnen. Entsprechend ist zu entscheiden, wenn der Täter gestohlene Sachen ankauft (§ 259) und später zum Absatz derselben bei anderen mitwirkt (§ 259). Die Begriffsmerkmale der Konsumtion sind gegeben: Nicht nur Gleichartigkeit, sondern sog. Identität des Rechtsguts; Verschiedenartigkeit des Rechtsgüterschutzes; umfassende Wertung des Schuld- und Unrechtswertes der Tat durch Anwendung des einen Rechtssatzes; da der „Unrechts- und Schuldwert „der Nachtat“ nicht über den der ersten Handlung hinausgeht“,[295]) muß die Nachhandlung straflos bleiben. Der Unterschied zwischen beiden Beispielen besteht in der Art der Nachhandlung. Im ersten Beispiel stellt sie sich als Verwertungs-, im zweiten als Sicherungshandlung dar. Im ersten Fall war sie auf die Verwertung des Erfolges der Vortat gerichtet, im zweiten Fall auf Sicherung des Erfolges der Vortat.

---

[294]) Rspr. 10, 488 v. 12. 9. 1888.
[295]) Honig: a. a. O. 82.

Die straflose Nachtat erscheint somit in zwei Formen: straflose Verwertungshandlung; straflose Sicherungshandlung. Festgestellt sei jedoch, daß nicht etwa jede Handlung, die der Sicherung oder Verwertung eines durch eine Vortat geschaffenen Erfolges dient, deshalb straflos sei.

Der Grund für die Straflosigkeit ist, wie immer bei der Konsumtion darin zu sehen, daß der Unrechts- und Schuldwert des Faktums durch Anwendung der lex consumens, das ist hier die zeitlich frühere Tatbestandsverwirklichung, voll erfaßt wird. Ist aber zur vollständigen Erfassung des Schuld- und Unrechtswertes der Tat die Heranziehung auch der Gesetzesbestimmung erforderlich, die durch die Nachtat verwirklicht worden ist, so muß die Schuldigsprechung auf beide Gesetzesbestimmungen gestützt werden; m. a. W. es liegt ein Fall der Verbrechensmehrheit bei Handlungsmehrheit vor, es ist also Realkonkurrenz anzunehmen.

Ein Beispiel ist bereits dafür oben (bei der Ermittlung der Begriffsmerkmale der Konkurrenzform Konsumtion) gegeben. Zusammenfassend können wir bemerken:

Die Ursache der Straflosigkeit der Nachtat k a n n darin liegen, daß sie die Voraussetzungen der Konkurrenzform Konsumtion erfüllt.[296]) Wenn v. Liszt die Straflosigkeit der Nachtat damit begründet, daß sie sich als Verwirklichung einer spezifischen Deliktsabsicht darstelle, so kann dem nicht zugestimmt werden; es soll nicht bestritten werden, daß in den Fällen der straflosen Nachtat meist die Nachtat als Verwirklichung derjenigen Absicht erscheint, die zum Tatbestandsmerkmal der Vortat erhoben ist, aber es ist unrichtig, darin den Grund der Straflosigkeit zu sehen. Der Grund besteht darin, daß der Unrechts- und Schuldwert der Vortat den der Nachtat mitumfaßt. Die Feststellung, daß die Nachtat als Verwirklichung einer spezifischen Deliktsabsicht erscheint, hat demgegenüber genau wie die Feststellung, daß die Vortat Mittel zum Zweck der Begehung der Nachtat sei, lediglich indizierende Bedeutung, nicht aber kausale.

Wenn andererseits Allfeld, Ohlshausen, Graf zu Dohna und Sauer die Straflosigkeit der Vortat lediglich aus dem Konsumtionsverhältnis erklären, so ist ihnen nur zuzugeben, daß in den Fällen der straflosen Vortat Konsumtion vorliegen k a n n.

Daß das Konsumtionsverhältnis nicht das allein mögliche ist, bleibt bei der Erörterung der Subsidiarität nachzuweisen. Daraus ergibt sich, daß es unrichtig ist, wenn Sauer und Graf zu Dohna auch die Straflosigkeit der Nachtat nur aus einem zwischen den Gesetzesbestimmungen bestehenden Konsumtionsverhältnis zu erklären suchen.

---

[296]) Uebereinstimmend: Honig a. a. O. 95. Frank a. a. O. § 74 V, 3 a. Köhler, Strafr. 553, 556. — Anderer Ansicht: Dohna a. a. O. 410. Sauer a. a. O. 497, die die Straflosigkeit der Nachtat n u r aus der Konsumtion erklären. M. E. Mayer, der (513) die Straflosigkeit der Vor- wie der Nachtat nur aus dem S u b s i d i a r i t ä t s v e r h ä l t n i s erklärt, der aber dort nur eine Art der Nachtat, die Verwertungshandlung berücksichtigt und die Sicherungshandlung unerwähnt läßt.

III. Die Subsidiarität.

1. Die Subsidiarität als Rangverhältnis.

Wie für die Konkurrenzformen der Spezialität und Konsumtion so bildet entsprechend für die Konkurrenzform der Subsidiarität das Rangverhältnis der Subsidiarität die Grundlage.

Wann können wir nun die Beziehung zwischen mehreren gesetzlichen Tatbeständen Subsidiarität nennen?

Das Rangverhältnis der Konsumtion charakterisierten wir dahin, daß wir sagten, der in dem einen gesetzlichen Tatbestand umschriebene Sachverhalt müsse geeignet sein, **Bestandteil** des in dem anderen umschriebenen zu bilden, ohne daß dieses eine logische Notwendigkeit in jedem einzelnen Falle wäre. Damit hatten wir die Konsumtion in Gegensatz zur Spezialität gestellt, für welche das tatbestandliche Zurückgreifen der lex specialis auf die lex generalis wesentlich war und bei der daher der in der lex generalis umschriebene Sachverhalt logisch notwendiger **Bestandteil** des in der lex specialis umschriebenen war.

Möglich ist nun aber auch, daß der in dem einen Gesetz umschriebene Sachverhalt logisch notwendig erst realisiert werden kann, wenn die Verwirklichung des in dem anderen Gesetz umschriebenen vorausgegangen ist oder anders ausgedrückt, es ist möglich, daß die Verwirklichung des in dem einen Tatbestand umschriebenen Sachverhalts das notwendige **Mittel** zur Verwirklichung des in dem anderen umschriebenen Ereignisses bildet.

Beispiel: § 151 StGB. stellt die Anschaffung oder Anfertigung von Formen, die zur Anfertigung von Metallgeld, Papiergeld oder diesen gleichgearteten Papieren dienen (Stempel, Siegel, Stiche, Platten), unter Strafe, insofern die Anfertigung oder Anschaffung zum Zweck eines Münzverbrechens diente.

§ 146 StGB. bedroht denjenigen mit Strafe, der in- oder ausländisches Metallgeld oder Papiergeld nachmacht, um . . . Das Rangverhältnis der Konsumtion kommt nicht in Frage, da die im § 151 umschriebene Handlung nicht geeignet ist, Bestandteil der im § 146 umschriebenen zu bilden. Spezialität ebenfalls nicht, weil in der Verwirklichung des § 146 keinesfalls logisch notwendig die des § 151 liegt oder umgekehrt. Das Verhältnis beider Gesetzesbestimmungen weist vielmehr die Eigenart auf, daß der in dem einen Gesetz (§ 151) umschriebene Sachverhalt logisch notwendig verwirklicht sein muß, um die Realisierung des anderen (§ 146) zu ermöglichen; denn das Nachmachen von Metall- oder Papiergeld setzt eine Anschaffung der dazu dienenden Formen voraus.

Ein solches Rangverhältnis nennen wir zweckmäßig Subsidiarität,[297]) da, wie wir bei der Erörterung der Konkurrenzform Subsidiarität nachzuweisen haben, die Intention des Gesetzgebers dahin geht, das Gesetz, das als notwendiges Mittel zur Begehung des anderen erscheint, nur aushilfsweise, in zweiter Linie, also subsidiär anzuwenden.

---

[297]) cf. v. Liszt-Del.-Kohlr. § 151 Anm. 1 in Verb. mit: Vorbem. III, 2 vor §§ 73 ff. Olsh. a. a. O. § 151 N. 2. Binding, Hdb. 1, 361.

2. Die Subsidiarität als Konkurrenzform.

a) Begriff und Wesen; Bewertungsgrundsatz.

Wie für die Konkurrenzform der Spezialität und Konsumtion das Rangverhältnis der Spezialität bezw. der Konsumtion, so bildet ent-sprechend für die Konkurrenzform der Subsidiarität die Realisierung von Tatbeständen, die im Rangverhältnis der Subsidiarität zueinander stehen, die Grundlage. Wollen wir wissen, wie ein solches Zusammentreffen zu werten ist, müssen wir das Wesen dieser Konkurrenzform zu ermitteln uchen. Zu diesem Zweck wollen wir auf das eben angeführte Beispiel des Verhältnisses von §§ 151 : 146 zurückgreifen. Zu einer Konkurrenz beider Gesetzesbestimmungen kommt es dann, wenn beide Gesetzesvor-schriften verwirklicht worden sind. Die Verwirklichung des § 146 ist unmöglich, wenn nicht vorher der Tatbestand des § 151 erfüllt worden ist. § 151 erweist sich daher gegenüber § 146 als notwendige Vorbereitungs-handlung. Wenn nun der Gesetzgeber die Handlung des § 146 unter Strafe gestellt hat, ohne die Vorbereitungshandlung, die logisch not-wendig war, als Tatbestandsmerkmal zu erwähnen, so bringt er damit zum Ausdruck, daß das rechtlich bedeutsame des Faktums (= Vorberei-tungshandlung + Haupthandlung) die Haupthandlung bildet, und daß der Schuld- und Unrechtswert des gesamten Faktums demzufolge durch § 146 voll erfaßt werden kann. Wenn andererseits durch § 151 die zur Realisie-rung des § 146 notwendige Vorbereitungshandlung unter Strafe gestellt ist, wenn also der Gesetzgeber dieser Vorbereitungshandlung einen Un-rechts- und Schuldwert beimißt, so liegt es nahe, daraus zu folgern, daß auch die Vorbereitungshandlung einer besonderen rechtlichen Wertung unterzogen werden müsse.

Allein, das widerspräche der durch die Nichterwähnung der Vor-bereitungshandlung im § 146 zum Ausdruck gebrachten Absicht des Gesetz-gebers. Die Strafbarkeitserklärung der Vorbereitungshandlung kann daher nur den Sinn einer besonderen Strafbarkeitserklärung haben, d. h. der in der Vorbereitungshandlung liegende Unrechts- und Schuldwert ist nur dann zu beachten, wenn es nicht zur Begehung der nachfolgenden Haupttat gekommen ist, der gegenüber § 151 als Vorbereitungshandlung erscheint.[298])

Zu dem gleichen Ergebnis gelangen wir bei der Betrachtung des Verhältnisses der §§ 201, 205 StGB.

Die Verwirklichung des § 205 setzt logisch notwendig die Erfüllung des § 201 voraus; denn einem Zweikampf muß eine Herausforderung vorausgegangen sein. Beide Gesetzesbestimmungen stehen mithin im Rangverhältnis der Subsidiarität. Bedroht der Gesetzgeber den Zwei-kampf als solchen mit einer Strafe (§ 205), ohne die dazu notwendige

---

[298]) Sachlich übereinstimmend: Frank a. a. O. § 151 Anm. I. Binding, Lehrb. II, 1, S. 335, I, S. 13. Köhler, Grenzl. 74. v. Liszt-Schm. a. a. O. 737. M. E. Mayer, Lehrb. 513. Olshausen a. a. O. § 151 N. 2.

Vorbereitungshandlung, die Herausforderung, zu erwähnen,[299]) gibt er zu erkennen, daß von dem gesamten Faktum (Vorbereitungshandlung + Haupthandlung) die Haupthandlung das rechtlich Erhebliche ist und daß folglich der Unrechts- und Schuldwert des gesamten Faktums durch die Bestimmung über den Zweikampf erschöpfend gewürdigt werden kann. Demgegenüber hätte die besondere Strafdrohung, die für die Vorbereitungshandlung, Aufforderung, aufgestellt ist, nur dann Berechtigung, wenn es nicht zum Zweikampf gekommen ist; aber ihre Berechtigung ist durch § 204 noch weiter eingeengt, indem die Herausforderung für straflos erklärt ist, „wenn die Parteien den Zweikampf vor dessen Beginn freiwillig aufgegeben haben".

Ist man sich in diesem letzten Fall auch einig darüber, daß die Schuldigsprechung nur auf die Bestimmung über Zweikampf gestützt werden kann,[300]) so gehen die Meinungen doch darüber auseinander, ob es berechtigt ist, hier ein Subsidiaritätsverhältnis anzunehmen. Verschiedentlich wird Konsumtion angenommen.[301]) Die Begründungen, die diese Autoren für ihre Ansicht anführen, scheinen mir aber keinesfalls durchschlagend. Wenn beispielsweise der Leipziger Kommentar[302]) sagt: diese notwendige Vorbereitungshandlung gehe in dem vollendeten Delikte auf, und sich dabei auf eine Entscheidung des Reichsgerichts stützt,[303]) so zu Unrecht; denn dort ist lediglich gesagt, daß die Bestrafung auf Grund von § 201 „Im Falle einer Verurteilung aus § 205 ausgeschlossen bleibt".

Die Bemerkung des Kommentars ist, wie Honig[304]) mit Recht hervorhebt, „nichts anderes als eine Metapher . . ., da ja nur ihre strafrechtliche Bedeutung in der des Delikts ‚aufgehen' könnte, sie selbst dagegen als dem Delikt tatsächlich vorangegangenes Ereignis nicht mehr aus der Welt geschafft werden könne".

Wenn v. Liszt[305]) das Verhältnis von Vorbereitungs- und Vollendungshandlung als Konsumtion bezeichnet, und[306]) bemerkt, durch den Zweikampf werde „die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen für beide Parteien beseitigt, so soll darin offenbar eine Begründung des Konsumtionsverhältnisses liegen. Daß aus der Begründung die Annahme gerade des Konsumtionsverhältnisses zwingend folgt, vermag ich nicht einzusehen.

---

[299]) Daß die Herausforderung als Vorbereitungshandlung gegenüber dem § 205 zu betrachten ist, wird allgemein angenommen.
cf. M.-Allfeld, 361. Frank a. a. O. 205 II. Leipz. Komm. § 205 N. 4. v. Liszt-Schm. a. a. O. 495. M. E. Mayer, Lehrb. 512/13. Honig a. a. O. 38.

[300]) cf. M.-Allfeld, 361. Frank a. a. O. 205 II. Leipz. K. 205, Anm. 4. v. Liszt-Schm. a. a. O. 495. M. E. Mayer, Lehrb. 512/513.

[301]) Leipz. K. 205, Anm. 4. M.-Allfeld, 361. Olsh. a. a. O. 205 Anm. 3. v. Liszt-Schm. a. a. O. 495, 343.

[302]) § 205, Anm. 4.

[303]) cf. RG. 4, 408.

[304]) a. a. O. 38/9.

[305]) v. L.-Schm. a. a. O. 343.

[306]) l. c. 495.

Auch die Begründung Olshausens läßt Klarheit vermissen: der Tatbestand dieser notwendigen Vorbereitungshandlungen werde durch den des vollendeten Zweikampfes genau so verbraucht, wie der einer strafbaren Versuchshandlung durch den Tatbestand des vollendeten Verbrechens; denn unwillkürlich fragen wir uns, was bedeutet Verbrauch eines Tatbestandes durch einen anderen.[307])

Aus der Betrachtung der angeführten Beispiele ersehen wir folgendes: die im Subsidiaritätsverhältnis zueinander stehenden Gesetze schützen das gleiche Rechtsgut; sie unterscheiden sich durch die Art, in der sie den Schutz des Rechtsgutes erstreben; ähnlich, wie bei der Konkurrenzform der Konsumtion suchen sie das Rechtsgut von verschiedenen Gesichtspunkten unter Schutz zu stellen. Der Unterschied ist aber kein quantitativer, wie bei der Konsumtion, wo der eine Gesichtspunkt den anderen mit umfaßte, sondern ein *qualitativer*: das Rechtsgut wird in verschiedenen Angriffsstadien (Vorbereitung : Vollendung) geschützt.[308])

Der Unrechts- und Schuldwert der Tat wird nicht, wie bei der Konsumtion, deshalb durch Anwendung nur eines Gesetzes voll erfaßt, weil dadurch der in der Realisierung eines anderen Tatbestandes liegende Unrechts- und Schuldwert *mitumfaßt wird*, sondern der Intention des Gesetzgebers,[309]) entsprechend, erscheint die Verletzung des Rechtsgutes in dem einen Stadium (Vorbereitung = Notwendiges Durchgangsstadium) gegenüber der Verletzung in dem anderen Stadium (Vollendung) für die rechtliche Wertung so unerheblich, daß der in der Verletzung des Rechtsgutes durch die Vorbereitungshandlung liegende Unrechts- und Schuldwert *unberücksichtigt* bleiben muß.

Nunmehr sind wir in der Lage, das Wesen der Subsidiarität anzugeben.

Das Wesen der Konkurrenzform Subsidiarität besteht darin, daß trotz mehrfachen Unrechts- und Schuldwertes des Faktums der Unrechts- und Schuldwert, der sich aus der notwendigerweise zur realisierenden Vorbereitungshandlung (lex subsidiaria) ergibt, der Intention des Gesetzgebers entsprechend *unberücksichtigt* bleiben muß, oder anders ausgedrückt,

daß trotz mehrfachen Unrechts- und Schuldwertes des Faktums nur derjenige Unrechts- und Schuldwert berücksichtigt werden darf, der sich aus der Verwirklichung des der Vorbereitungshandlung nachfolgenden Vollendungshandlung (lex primaria) ergibt.[310]) Darf aber nur der Unrechts- und Schuldwert des Faktums berücksichtigt werden, der sich aus der Verwirklichung der lex primaria ergibt, dann darf zur rechtlichen Wertung des Falles auch nur die lex primaria herangezogen werden.

---

[307]) Uebereinstimmend Honig 39.

[308]) Vgl. Honig a. a. O. 49.

[309]) die sich daraus ergibt, daß er Tatbestände so geformt hat, daß sich der eine als das logisch notwendige Mittel zur Begehung des anderen erweist und andererseits diese Vortat im Tatbestand der Nachtat nicht erwähnt.

[310]) Sachlich übereinstimmend: Honig a. a. O. 49.

Aus dem Wesen der Subsidiarität ergibt sich somit als Bewertungsgrundsatz:

die Schuldigsprechung darf bei der Konkurrenzform der Subsidiarität nur auf die lex primaria gestützt werden, oder in allgemein üblicher Formulierung:

lex primaria derogat legi subsidiariae.

Sagten wir, daß in den Fällen der Konkurrenzform Subsidiarität die Schuldigsprechung nur auf das eine Gesetz gestützt werden dürfe, so erweist sich die Subsidiarität als Fall der Verbrechenseinheit. Die lex subsidiaria bleibt also straflos; da die Handlung, die zu der Realisierung der lex subsidiaria führte, stets die zeitlich voraufgehende sein muß, erweisen sich die Fälle der Subsidiarität als Fälle strafloser Vortat.

Der Grund der Straflosigkeit der Vortat in den Fällen der Subsidiarität liegt darin, daß der Unrechts- und Schuldwert der Vortat gegenüber dem der Nachtat so gering ist, daß er unberücksichtigt bleiben kann. Daß die Vortat das Mittel zur Begehung der Haupttat darstellt, ist zwar unbestreitbar, falsch ist es aber, darin den Grund der Straflosigkeit zu sehen. Die Bedeutung der Feststellung, daß die Vortat Mittel zur Begehung der Haupttat ist, ist demgegenüber nur indizierender Art. Wenn v. Liszt l. c. den Grund der Straflosigkeit darin sieht, daß die Vortat das Mittel zur Begehung der Nachtat ist, so gibt er damit eine Eigenschaft der Vortat an, nicht aber eine Begründung ihrer Straflosigkeit. Zudem läßt die Erklärung die v. Liszt für die Straflosigkeit der Vortat gibt, eine Gruppe von Fällen strafloser Vortat außer Acht, nämlich, wie bereits oben ausgeführt, die Fälle der Konsumtion.

Da nur eine Gesetzesverletzung vorliegt (nur ein Gesetz darf angewendet werden, die lex primaria!) erweist sich die Konkurrenzform der Subsidiarität als Fall der Konkurrenz bei mehrfacher bloßer Tatbestandsverwirklichung, und da hier mehrere verschiedene Tatbestände erfüllt sind, ist seine Einordnung in die Gruppe: Konkurrenzformen bei Mehrheit verschiedener Tatbestandsverwirklichungen berechtigt.

b) Stellungnahme zu abweichenden Auffassungen.

aa) Die abweichende Auffassung Köhlers.

Während wir Spezialität und Subsidiarität in einen Gegensatz zueinander stellten, sagt Köhler,[311] Spezialität und Subsidiarität bedeuteten im Grunde genommen das Gleiche; denn in beiden Fällen sei ein weiterer und ein engerer Tatbestand gegeben, die nicht gleichzeitig angewendet werden könnten,[312] vielmehr werde durch die Anwendbarkeit des engeren Tatbestandes die des weiteren ausgeschlossen. Der Unterschied zwischen beiden liege darin allein, daß, bei der Spezialität der weitere, bei der Subsidiarität der engere Tatbestand die Grundlage für die Beurteilung des Verhältnisses bilde, und daß der engere Tatbestand dem weiteren Tatbestand gegenüber nicht als ein herausgehobenes Stück, sondern als der selbständige Kern erscheine, während ihm gegenüber die Tatbestands-

---

311) Grenzl. 60, Strafrecht 552.
312) Ebenso Höpfner a. a. O. I, 177, 21. Sauer a. a. O. 483.
313) cf. Köhler, Grenzl. S. 59 mit Anm. 1.

nerkmale des weiteren Tatbestandes ihre Selbständigkeit verlieren, sie also von dem engeren Tatbestand mit umschlungen werden.[313])

„Unbedingte Voraussetzung für die Annahme eines Spezialitätsverhältnisses oder eines Subsidiaritätsverhältnisses ist... daß von zwei gesetzlichen Tatbeständen einer in dem anderen enthalten ist".[314])

Köhler sieht also das übereinstimmende Kriterium beider Konkurrenzformen darin, daß die lex generalis tatbestandlich unselbständig gegenüber der lex specialis dasteht und ebenso die lex primaria gegenüber der lex subsidiaria. Die tatbestandliche Unselbständigkeit kann aber nur für die Spezialität Geltung beanspruchen; denn für sie war wesentlich, daß der eine Tatbestand (lex generalis) Bestandteil des anderen (lex specialis) bildet. Bei der Subsidiarität standen die Tatbestände als solche völlig selbständig gegenüber: die Tatbestandsmerkmale der lex primaria enthielten nicht die der lex subsidiaria, sondern der Verwirklichung der lex primaria setzte die der lex subsidiaria voraus. Es besteht zwischen der lex primaria und der lex subsidiaria — um mit Lent zu sprechen[315]) — lediglich ein „geistiger Zusammenhang", während die beiden abstrakten Delikte tatbestandlich gerade selbständig gegenüberstehen. Wäre die Abgrenzung Köhlers richtig, dann müßte z. B. die Tötung gegenüber der Körperverletzung als die lex specialis und die Körperverletzung gegenüber der Tötung als lex subsidiaria angesehen werden.[316]) Man würde zwar zu dem gleichen Ergebnis kommen wie wir, nämlich daß der Täter doch nur wegen der Tötung bestraft wird, aber die Begründung für das Ausscheiden der Körperverletzung wäre doch recht zweifelhaft.

Der Subsidiaritätsbegriff Köhlers erweist sich mithin als zu unbestimmt, als daß er eine exakte Abgrenzung von anderen Konkurrenzformen ermöglicht, insbesondere gegenüber der Spezialität und muß daher abgelehnt werden.[317])

bb) Die abweichende Auffassung Belings.

Wenn Beling sagt: es liege Gesetzeskonkurrenz dann vor, wenn das eine Strafgesetz dem anderen subsidiär sei,[318]) so liegt darin zwar nicht, wie Honig[319]) annimmt, eine „Gleichstellung des Subsidiaritätsbegriffs mit dem der Gesetzeskonkurrenz", sondern es soll dadurch vielmehr das Verhältnis der begrifflichen Ueberordnung und Unterordnung zum Ausdruck gebracht werden: Gesetzeskonkurrenz ist ein Unterfall der Subsidiarität, wie deutlich aus der Bemerkung „Subsidiarität der Strafgesetze ist auch bei Realkonkurrenz möglich",[320]) hervorgeht. Nach Auffassung

---

314) Köhler l. c. S. 60.

315) Lent a. a. O. S. 26.

316) so in der Tat Köhler a. a. O. S. 63, indem er dieses Beispiel zur Bestätigung seiner Behauptung anführt, daß die Grenzlinien zwischen Subsidiarität und Spezialität fast unmerklich ineinander überlaufen, daß man bisweilen ebensogut Spezialität wie Subsidiarität annehmen kann.

317) Uebereinstimmend Honig a. a. O. 32.

318) Grundz. 6. und 7. Aufl. S. 100.

319) a. a. O. 33.

320) Beling a. a. O. 6. und 7. Aufl. 104.

Belings ist daher Subsidiarität bei Handlungseinheit und -mehrheit möglich, während von dem hier vertretenen Standpunkt aus Handlungsmehrheit (Vorbereitungshandlung : Ausführungshandlung = Haupthandlung!) die tatsächliche Voraussetzung für die Annahme des Subsidiaritätsverhältnisses bildet. Während wir unter Subsidiarität ein bestimmtes Rangverhältnis verstanden, das sorgfältig von anderen, z. B. von der Spezialität und Konsumtion zu trennen ist, versteht Beling unter Subsidiarität einen Oberbegriff, unter dem er diese Rangverhältnisse zusammenfaßt. Subsidiarität liegt demnach nach seiner Auffassung dann vor, wenn das Rangverhältnis zwischen den konkurrierenden Gesetzesbestimmungen entweder Spezialität oder Konsumtion ist.[321])

Diese Auffassung wäre berechtigt, wenn zwischen den Gesetzesbestimmungen nur diese beiden Arten des Rangverhältnisses möglich wären, die die Eigenschaften haben, daß das eine Gesetz nur dann zur Anwendung kommen darf, wenn nicht ein anderes Gesetz angewendet werden will. Hätte Beling Recht, dann müßten die Fälle, die wir unter dem Begriff der Subsidiarität als einem besonderen Rangverhältnisse zusammenfaßten, entweder dem der Spezialität oder dem der Konsumtion unterzuordnen sein. Das Spezialitätsverhältnis scheidet offenbar aus; denn von einem engeren und weiteren Tatbestand kann nicht die Rede sein. Aber auch seine Definition der Konsumtion umfaßt nicht die Fälle, die wir zur Subsidiarität rechneten. Konsumtion liegt nach seiner Auffassung dann vor, „wenn die Tatbestände zwar gegeneinander neutral sind (also sich weder ausschließen noch im Spezialitätsverhältnis stehen), aber eine Abgeltung der Tat, die lediglich aus dem einen, dem primären, Strafgesetz erfolgt, ihren Unrechts- und Schuldwert so völlig erfaßt, daß die gleichzeitige Subsumtion der Tat unter den anderen Tatbestand (den des subsidiären Strafgesetzes) auf sich beruhen bleiben muß . . ." Konsumtion ist hiernach nur dann gegeben, wenn der Unrechts- und Schuldwert des Faktums durch Anwendung nur eines Gesetzes völlig erfaßt wird, oder wie wir sagten, wenn der Unrechts- und Schuldwert, der in der Realisierung des einen Tatbestandes liegt, durch Anwendung des anderen mitumfaßt wird. Nur so kann von einem „Völlig erfaßt werden" gesprochen werden.

Konsumtion ist infolgedessen dann nicht gegeben, wenn der Unrechts- und Schuldwert, der in der Verwirklichung des einen Tatbestandes liegt, zwar nicht durch Anwendung des anderen Tatbestandes mitumfaßt wird, aber dennoch unberücksichtigt bleiben muß, weil zu unerheblich. So z. B. wenn der Täter zunächst den Tatbestand des § 151 und sodann den des § 146 verwirklicht. Da Fälle der letztgenannten Art sich nicht dem Begriff der Spezialität und Konsumtion unterordnen lassen, vielmehr ein Rangverhältnis besonderer Art darstellen, für das aber im recht eigentlichen Sinne das gilt, was Beling als das Wesen der Subsidiarität angibt: das Hintereinanderstehen der Strafgesetze,[322]) so gibt

[321]) cf. S. 100 und 104: „Sofern nicht" (bei Mehrheit der Handlungen) „der eine Verbrechensfall durch den anderen derart konsumiert wird . . . daß eine besondere Bestrafung dieses Falles zu unterbleiben hat (Subsidiarität der Strafgesetze auch bei Realkonkurrenz möglich)."

[322]) cf. L. v. V. 316.

es nur zwei Möglichkeiten. Entweder muß man diese Fälle unter einen besonderen Begriff zusammenfassen, z. B. unter den Begriff der straflosen Vortat[323]) und ordnet sie dem Subsidiaritätsbegriff unter, oder — und das scheint mir das Richtigere — man vermeidet die Zusammenfassung von Spezialität und Konsumtion unter dem Oberbegriff der Subsidiarität und verwendet diesen Begriff lediglich für das Rangverhältnis, das wir Subsidiarität nannten.[324])

Ebensowenig wie der Begriff der Subsidiarität und Konsumtion erweist sich der Begriff der Gesetzeskonkurrenz als geeignet zur Zusammenfassung, da für sie die Handlungseinheit wesentlich ist, während, wie wir gesehen haben, Konsumtion auch bei Handlungsmehrheit, Subsidiarität sogar nur bei Handlungsmehrheit denkbar ist.[325])

Eine Zusammenfassung ist nur unter einem Begriff möglich, dessen Begriffsmerkmale von sämtlichen Unterbegriffen erfüllt werden.

Diesem Erfordernis entspricht aber die systematische Einordnung der Subsidiarität, wie sie in der vorliegenden Darstellung versucht worden ist, nämlich die Eingliederung in die Gruppe Konkurrenzformen bei mehrfacher bloßer Tatbestandsverwirklichung.

b) Erscheinungsformen der Subsidiarität?

Allgemein üblich ist es, zwei Erscheinungsformen der Subsidiarität gegenüberzustellen: ausdrückliche und stillschweigende, je nachdem, ob die subsidiäre, aushilfsweise Geltung der lex subsidiaria aus deren Wortlaut, also aus isolierter Betrachtung der lex subsidiaria hervorgeht oder ob sich die aushilfsweise Geltung erst aus „der logischen Beziehung der Gesetze zueinander" [326]) ergibt.

Unsere bisherigen Erörterungen beschränkten sich auf die Fälle der sog. stillschweigenden Subsidiarität; denn das Subsidiaritätsverhältnis ermittelten wir aus der logischen Beziehung der Gesetze zueinander.

Ist es nun berechtigt, diesen Fällen stillschweigender Subsidiarität Fälle sog. ausdrücklicher Subsidiarität gegenüberzustellen und zwar als Fälle, bei denen sich die subsidiäre Bedeutung des einen der verwirklichten Tatbestände schon und stets aus isolierter Betrachtung ergibt, sodaß es zur Ermittlung ihrer logischen Beziehung zu anderen Gesetzen nicht erst eines Vergleichs mit diesen bedarf?

Als Indiz für die ausdrückliche Subsidiarität wird die sog. Subsidiaritätsklausel, die in einigen Bestimmungen des Gesetzes enthalten sein soll, angegeben.[327]) Eine solche Subsidiaritätsklausel soll der § 49 a StGB. enthalten, wenn es dort heißt: „... soweit nicht das Gesetz eine andere

---

323) so der Komm. v. Liszt-Del.-Kohlr. Vorb. vor § 73 III, der allerdings als Oberbegriff nicht die Subsidiarität wählt, sondern Konsumtion und die Fälle, die wir unter dem Begriff der Konsumtion zusammenfaßten, teils zur Subsidiarität rechnet, teils unter einer besonderen Gruppe: straflose Nachtat zusammenfaßt.

324) Im Ergebnis übereinstimmend Honig a. a. O. 33 ff.

325) cf. M. E. Mayer, Lehrb. 512.

326) cf. Frank a. a. O. 16. Aufl. § 73 VII 2 b.

327) cf. Frank a. a. O. § 73, VII, 2 b. Allfeld 236. Dohna: a. a. O. 405. Köhler, Strafr. 553. v. Liszt-Schm. a. a. O. 343. Leipz. K. § 49 a, Anm. 3. § 353 a Anm. 7.

Strafe androht“. Ebenso § 353 a: „Sofern nicht nach anderen Bestimmungen eine härtere Strafe verwirkt ist“. Ergibt sich aber wirklich aus der Fassung dieser Gesetzesbestimmung, daß sie, d. h. ihre Strafvoraussetzung und -Drohung nur dann auf einen konkreten Fall angewendet werden sollen, falls nicht ein anderer bestimmter gesetzlicher Tatbestand verwirklicht worden ist?

Diese Frage wird man verneinen müssen, sobald man die sog. Subsidiaritätsklausel näher betrachtet.

§ 49 a lautet: Wer einen anderen zur Begehung eines Verbrechens .... auffordert .... wird, soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht .... mit Gefängnis .... bestraft.

§ 353 a lautet: Ein Beamter ... welcher ... amtlich anvertraute .... Schriftstücke .... anderen widerrechtlich mitteilt, wird, sofern nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt ist, mit Gefängnis .... bestraft.

Deutlich ersieht man, daß das Gesetz durch diese sog. Subsidiaritätsklausel lediglich zu der Frage Stellung nimmt:

Welche von mehreren konkurrierenden Strafdrohungen soll Anwendung finden?, und diese Frage allerdings dahin beantwortet, daß die in den §§ 49 a und 353 a genannten nur aushilfsweise, d. h. subsidiär zur Anwendung kommen sollen. Es beantwortet also die Frage: wie soll der Täter bestraft werden?; dagegen läßt es die logische Vorfrage: wofür soll der Täter bestraft werden?, unberührt. Das „Wie“ der Strafe, die Art und das Maß ist eine hier nicht interessierende Frage. Uns kommt es darauf an, das „Wofür“ zu ermitteln, uns liegt daran, festzustellen, auf Grund welcher der verwirklichten Gesetzesbestimmungen der Täter schuldig gesprochen werden muß.

Da die sog. Subsidiaritätsklausel nur die Strafdrohungen betrifft, nicht dagegen die Strafvoraussetzungen, kann aus ihrem Vorhandensein kein Schluß auf das Rangverhältnis, in dem die realisierten Tatbestände zueinander stehen, gezogen werden.

Die Prüfung könnte ergeben, daß die Strafvoraussetzungen derjenigen Gesetzesbestimmungen, deren Strafdrohung vom Gesetzgeber ausdrücklich subsidiäre Bedeutung beigelegt ist, gegenüber der Strafvoraussetzung eines anderen Gesetzes als der primären unberücksichtigt bleibt; der Grund dafür läge dann aber nicht in der Subsidiaritätsklausel, sondern darin, daß das Wesen der Subsidiarität durch die Beziehung beider Strafvoraussetzungen erfüllt ist. Die Prüfung kann aber auch ergeben, daß Spezialität, Konsumtion, ja sogar Idealkonkurrenz oder Realkonkurrenz zwischen den beiden Gesetzen (Strafvoraussetzungen) besteht.

Um die Richtigkeit dieser Behauptung darzutun, wollen wir einen der Fälle sogenannter ausdrücklicher Subsidiarität näher betrachten: § 49 a.

Die hier umschriebenen Sachverhalte sind folgende:

1) Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem solchen.
2) Das Sich-Erbieten zu 1.
3) Die Annahme der Aufforderung oder des Erbietens.

Wenn nun § 49a bestimmt, daß die dort genannten Strafen nur Anwendung finden sollen, soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht, so soll nach allgemein üblicher Auffassung damit zum Ausdruck gebracht sein, daß § 49a keine Anwendung finden dürfe, soweit das Gesetz, d. h. die Strafrechtsordnung eine der im § 49a genannten Handlungen unter besondere Strafe stelle.[328]) Aber gelegentlich geht man noch weiter, indem man aus der Subsidiaritätsklausel folgert, daß § 49a auch dann keine Anwendung finden dürfe, wenn das Verbrechen begangen worden ist.[329])

Daß diese letzte Auffassung sich mit der Fassung des § 49a nicht vereinigen läßt, ist offensichtlich; denn wenn das Gesetz einen bestimmten Sachverhalt mit Strafe bedroht, und dabei die Einschränkung macht, soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht, dann ist logisch notwendig zu ergänzen: für diesen Sachverhalt, d. h. für die Aufforderung, das Sich-Erbieten, oder die Annahme der Aufforderung oder des Erbietens.[330])

Es ist daher durchaus möglich, daß zwischen § 49a und einem anderen gesetzlichen Tatbestand Realkonkurrenz oder Idealkonkurrenz besteht.[331])

So ist m. E. Realkonkurrenz gegeben, wenn sich jemand zur Tötung eines Menschen erbietet und später die Tötung ausführt: Mehrheit der Handlungen ist gegeben; dem Faktum wohnt ein doppelter Unrechts- und Schuldwert inne; zur vollständigen rechtlichen Würdigung des Falles reicht die Anwendung des § 212 nicht aus, denn sie läßt den besonderen Unrechts- und Schuldwert unberücksichtigt, der in dem Sich-Erbieten zur Begehung des Verbrechens liegt. Beide Gesetze (§ 49a, 212) sind zur vollständigen rechtlichen Würdigung des Falles erforderlich; denn man kann nicht sagen, daß der Unrechts- und Schuldwert, der in der Verwirklichung des § 49a liegt (die aus dem Verhalten des Täters ersichtliche Betätigung dieser verwerflichen Gesinnung!!!) gegenüber dem Unrechts- und Schuldwert, der sich aus der Verwirklichung des § 212 ergibt, so unerheblich ist, daß er unberücksichtigt bleiben könnte. Da beide Gesetze zur Wertung des Falles erforderlich sind, liegt eine mehrfache Gesetzesverletzung vor.

Handlungsmehrheit und Mehrheit der Gesetzesverletzung bilden aber die Begriffsmerkmale der Realkonkurrenz.

Aber auch Idealkonkurrenz ist zwischen § 49a und einer anderen Gesetzesbestimmung möglich. Sie ist gegeben, wenn jemand die Annahme

---

[328]) cf. Olsh. § 49a N. 19.

[329]) cf. Köhler a. a. O. 69: „Ist ein Verbrechen begangen worden, so kann derjenige, welcher den Täter zu dessen Begehung bestimmt hat, nicht aus § 49a gestraft werden".
Frank a. a. O. 49a II, 2: „§ 49a tritt gegenüber allen Gesetzen . . . zurück, welche die Aufforderung zu einer strafbaren Handlung . . . oder ihre Ausführung mit Strafe bedrohen".
cf. v. Liszt-Del.-Kohlr.: 26. Aufl. § 49a Anm. 5:
„§ 49a . . . also unanwendbar: 1. wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen wurde . . ."

[330]) Gleicher Ansicht Olshausen a. a. O. § 49a Anm. 19.

[331]) cf. Olsh. l. c.

der Aufforderung zur Begehung eines Totschlags durch die Begehung desselben erklärt: Einheit der Handlung liegt unbestreitbar vor; mehrfacher Unrechts- und Schuldwert der Handlung ist ebenfalls gegeben; denn durch Anwendung des § 212 wird der besondere Unrechtswert, der darin liegt, daß sich jemand für das Verbrechen hat dingen lassen, nicht berücksichtigt. Beide Gesetze sind auch hier anzuwenden und zwar aus entsprechenden Erwägungen wie im erstgenannten Fall. Es liegt also auch eine mehrfache Gesetzesverletzung vor. Einheit der Handlung und Mehrheit der Gesetzesverletzung bilden aber die Begriffsmerkmale der Idealkonkurrenz.

Diese Beispiele mögen genügen, um zu zeigen, daß es unrichtig ist, aus der sog. Subsidiaritätsklausel die Folgerung zu ziehen, daß § 49a keine Anwendung finden dürfe, wenn das Verbrechen zur Ausführung gekommen ist; ebensowenig ist die Auffassung richtig, daß sich das Zurücktreten des § 49a gegenüber den Bestimmungen des Gesetzes, die eine der im § 49a genannten Handlungen unter besondere Strafe stellt, aus der sog. Subsidiaritätsklausel ergäbe.

Eine Gesetzesbestimmung, durch die eine der im § 49a genannten Handlungen unter besondere Strafe gestellt wird, ist § 85:

> „Wer öffentlich vor einer Menschenmenge oder wer durch Verbreitung oder öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen zur Ausführung einer nach § 82 strafbaren Handlung (Hochverrat) auffordert, wird mit . . . . . . bestraft“.

Vergleicht man diese Bestimmung mit § 49a, wo die Aufforderung zu einem Verbrechen schlechthin unter Strafe gestellt ist, so ergibt sich ohne weiteres, daß zwischen beiden Gesetzesbestimmungen das Rangverhältnis der Spezialität besteht; denn der eine Tatbestand (§ 49a) ist Bestandteil des anderen (§ 85). Wird durch das Verhalten des Täters der Tatbestand des § 85 verwirklicht, so ist damit zugleich der Tatbestand des § 49a logisch notwendig verwirklicht. Zur rechtlichen Würdigung des Falles ist nur die Anwendung des § 85 notwendig und daher zulässig. § 49a muß daher ausscheiden. Die Ursache des Ausscheidens dieser Bestimmung ist in dem vorliegenden Fall also nicht ein zwischen den verwirklichten Bestimmungen bestehendes Subsidiaritätsverhältnis, sondern das zwischen den Gesetzen bestehende Spezialitätsverhältnis.

Entsprechendes gilt für das Verhältnis der §§ 49a : 102. Ebensowenig ist die Nichtanwendung des § 49a in der Subsidiaritätsklausel zu sehen, wenn der Täter zugleich den Tatbestand des § 111 verwirklicht. Zwar liegt keine Spezialität vor; denn mit der Verwirklichung des § 111 ist nicht logisch notwendigerweise die des § 49a verbunden, da der Begriff: strafbare Handlung (§ 111) auch die Vergehen und Uebertretungen umfaßt, während sich § 49a lediglich auf Verbrechen bezieht; jedoch sind die Merkmale der Konsumtion gegeben: der im § 49a umschriebene Sachverhalt ist geeignet, Bestandteil des im § 111 umschriebenen zu bilden. Es besteht also zwischen beiden Gesetzesbestimmungen das Rangverhältnis der Konsumtion. Sind beide Tatbestände realisiert, so wird durch die Wertung des Faktums auf Grund des § 111 der Unrechts- und Schuldwert der in

der Verwirklichung des § 49 a liegt, mitumfaßt. Es liegt mithin auch die Konkurrenzform der Konsumtion vor.

Ebenso erklärt sich das Ausscheiden des § 49a gegenüber § 159, § 333.

Die angeführten Beispiele bestätigen m. E. die hier vertretene Auffassung, daß die Subsidiaritäts klausel nicht die Ursache für das etwaige Zurücktreten des einen Tatbestandes bildet, sondern daß die Frage: welches von mehreren verwirklichten (konkurrierenden) Gesetzen zur Ermittlung des Unrechts- und Schuldwertes, also zur Schuldigsprechung herangezogen werden muß, sich nur dadurch beantworten läßt, daß man die realisierten Bestimmungen zueinander und zum Faktum in Beziehung setzt, also durch Vergleich die logischen Beziehungen ermittelt. Ergab die Untersuchung aber, daß durch die Verwirklichung des § 49a und eines anderen gesetzlichen Tatbestandes die Konkurrenzformen der Spezialität und der Konsumtion zur Entstehung gelangten, so folgt das Ausscheiden des § 49a aus den für diese Konkurrenzformen geltenden Bewertungsgrundsätzen, und es erweist sich die Subsidiaritätsklausel mithin als überflüssig; denn das, was sie bestimmt: Subsidiarität der Strafdrohungen ergäbe sich auch, wenn die Klausel nicht vorhanden wäre.[332])

Anderer Ansicht ist Olshausen, aber zu Unrecht,[333]) denn wenn er sagt, die Worte „soweit nicht ......“ wären nur dann überflüssig, wenn unter „Gesetz“ lediglich das Strafgesetzbuch zu verstehen wäre, so liegt darin die Verkennung der Tatsache, daß die Konkurrenzformen nicht nur zwischen den Bestimmungen des Strafgesetzbuches, sondern auch zwischen den Bestimmungen des Strafgesetzbuches und anderen Bestimmungen strafrechtlichen Inhalts, wie wir bei der Erörterung der Spezialität an den Bestimmungen des Militärstrafgesetzbuches bereits dargelegt haben.

Mit Recht vermeiden daher die drei letzten Entwürfe zum Strafgesetzbuch diese sog. Subsidiaritätsklausel. Zusammenfassend können wir sagen:

Die Subsidiarität erscheint nur in einer Form, nämlich als stillschweigende.

IV. Die Alternativität.

1) Die Alternativität als Rangverhältnis.

Neben der Spezialität, Konsumtion und der Subsidiarität wird vielfach noch eine weitere Konkurrenzform genannt, die Alternativität. Ob eine solche Konkurrenzform möglich ist, kann erst festgestellt werden, wenn wir den Begriff der „Alternativität von Strafgesetzen“ ermittelt haben.

Was unter Alternativität zu verstehen ist, bildet den Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten, wie auch über die Berechtigung der Alternativität die Ansichten auseinandergehen. Dieser letzte Streitpunkt erklärt sich, das sei vorweg bemerkt, daraus, daß nicht zwischen Rangverhältnis und Konkurrenzform geschieden wird.

---

[332]) Uebereinstimmend: v. Schwarze, Komm. § 49 a N. 10 A. 9. Honig a. a. O. 34.

[333]) cf. § 49 a N. 19.

a) Der Alternativitätsbegriff Bindings.

Geschaffen wurde der Begriff der „Alternativität der Strafgesetze" von Binding.[334] Nach seiner Ansicht besteht zwischen zwei Gesetzen dann ein Alternativitätsverhältnis, wenn „zwei Tatbestände sich verhalten wie zwei einander schneidende Kreise". Zwei Kreise, die sich schneiden, müssen aber ein Stück gemeinsam haben. Trotzdem die beiden Gesetze dieses „beiden Kreisen angehörende Tatstück" gemeinsam haben, soll zur rechtlichen Wertung des Faktums aber nur das Gesetz herangezogen werden, das für den Angeklagten im konkreten Fall am ungünstigsten ist.

Ein Beispiel für das Alternativitätsverhältnis, wie es Binding angibt, bildet das Verhältnis von § 265 : § 306.

Treffend bemerkt M. E. Mayer:[335] Der Verbrecher, der des Versicherungsbetrugs (§ 265) und der Brandstiftung (§ 306) schuldig ist, würde bloß als Brandstifter verurteilt werden; d. h. Schuldigsprechung und Strafzumessung würden nur auf Grund des § 306 erfolgen, es „schiede — der juristischen Sorgfalt zuwider — ein Teil der rechtlich relevanten Eigenschaften des Vorfalls im Urteil aus".

Binding versteht daher offenbar unter Anwendung des im konkreten Fall ungünstigsten Gesetzes lediglich, es solle die Strafzumessung auf Grund dieses Gesetzes vorgenommen werden. Alternativität in diesem Sinne verstanden ist aber nichts anderes als Idealkonkurrenz: Schuldigsprechung auf Grund mehrerer Gesetzesbestimmungen, Strafzumessung auf Grund der schwersten Strafdrohung.[336] Der Alternativitätsbegriff Bindings ist daher abzulehnen.

b) Der Alternativitätsbegriff Ad. Merkels.

In anderer Weise versucht Ad. Merkel den Begriff der Alternativität festzulegen. Wenn er von einem „bloß alternativen Verhältnisse zu einander" spricht, aus dem folge, daß nur das eine von ihnen „berufen ist, zur Anwendung zu gelangen",[337] so erweist sich dieser Begriff als Oberbegriff, dessen Erscheinungsformen Spezialität, Konsumtion und Subsidiarität sein können, nicht aber als ein besonderes Rangverhältnis, das neben den vorgenannten Existenzberechtigung hat.

Die hier interessierende Frage ist aber:

Gibt es neben Spezialität, Konsumtion, Subsidiarität noch ein anderes Rangverhältnis, wie vielfach behauptet wird? Der Alternativitätsbegriff Merkels muß für unsere Untersuchung daher ausscheiden.

c) Der Alternativitätsbegriff v. Liszts und Belings.

Auch die Formulierung v. Liszts rechtfertigt nicht, die Alternativität als besondere Art eines Rangverhältnisses aufzufassen, wenn er sagt,[338] alternativ seien „Verbrechen, deren Begriffe widerstreitende Merkmale enthalten" und als Beispiel das Verhältnis von Mord und Totschlag, Diebstahl und Unterschlagung anführt; denn offenbar besteht in dem ersten

---

[334] cf. Binding, Handbuch S. 349. Binding, Grundriß S. 78.
[335] a. a. O. 502 Anm. 3.
[336] Uebereinstimmend: M. E. Mayer l. c. Honig a. a. O. S. 3.
[337] cf. Merkel, Lehrb. S. 269. Merkel-Liepmann a. a. O. 342 f.
[338] cf. v. Liszt-Schm. a. a. O. 343/4.

Beispiel das Rangverhältnis der Spezialität. Die Formulierung v. Liszts weist uns aber auf den richtigen Weg.

Betrachten wir das zweite Beispiel, so werden wir vergeblich bemüht sein, in dem Verhältnis der beiden Gesetzesbestimmungen die Begriffsmerkmale der Spezialität, Konsumtion oder der Subsidiarität zu suchen; denn der Tatbestand des Diebstahls bildet nicht Bestandteil des Tatbestands der Unterschlagung (keine Spezialität) oder umgekehrt; der im Tatbestand des Diebstahls umschriebene Sachverhalt ist nicht geeignet, Bestandteil des im Tatbestand der Unterschlagung umschriebenen zu bilden oder umgekehrt (keine Konsumtion); endlich erweist sich die Realisierung des Tatbestandes der Unterschlagung ebensowenig als notwendige Vortat zur Verwirklichung des Tatbestandes des Diebstahls wie umgekehrt (keine Subsidiarität).

Der Unterschied dieses Beispiels gegenüber dem ersten ist augenscheinlich.

Gemeinsam haben beide Beispiele (Mord : Totschlag; Diebstahl : Unterschlagung), daß sie einerseits — um mit v. Liszt zu sprechen — „widerstreitende Merkmale" enthalten. Im ersten Beispiel (Mord : Totschlag) waren aber auch gemeinsame Merkmale vorhanden, der Tatbestand des Mordes umfaßte den des Totschlags. Im zweiten Beispiel fehlt es jedoch daran: beide Tatbestände schließen sich gegenseitig aus; sie stehen, wie Beling[339]) zutreffend bemerkt, „in gegensätzlichem (Exklusivitäts-)Verhältnis" zueinander; durch diese Eigenart unterscheidet sich dieser Fall von den bisher erörterten Rangverhältnissen.

Er steht in einem besonders gearteten Rangverhältnis. Es ist daher berechtigt, diejenigen Gesetzesbestimmungen, die in diesem gegensätzlichen (Exklusivitäts-)Verhältnis zueinander stehen, begrifflich zusammenzufassen und sie auf diese Weise den Gesetzesbestimmungen, die in dem Rangverhältnis der Spezialität, Konsumtion oder der Subsidiarität stehen, zu koordinieren. Man kann dieses Rangverhältnis zweckmäßig Alternativität nennen, weil durch diese Bezeichnung zugleich auf die Eigentümlichkeit hingewiesen wird, nämlich auf das Exklusivitätsverhältnis, auf die „logisch völlige Beziehungslosigkeit" [340]) der Gesetzesbestimmungen.

Ist die Existenz des Alternativitätsverhältnisses auch unbestreitbar, so fragt sich jedoch, was mit dieser Feststellung eines solchen Rangverhältnisses gewonnen ist.

Die bisherigen Rangverhältnisse bildeten die Grundlage für je eine bestimmte Konkurrenzform.

Ob und inwieweit das auch für das Rangverhältnis der Alternativität zutrifft, mögen die folgenden Untersuchungen zeigen:

2) Die Alternativität eine Konkurrenzform?

a) Zu einer Konkurrenz mehrerer Gesetzesbestimmungen kann es nur dann kommen, wenn sie realisiert werden können.

Während nun die Verwirklichung von Tatbeständen, die im Rangverhältnis der Spezialität, Konsumtion oder der Subsidiarität zueinander

---

[339]) Grundzüge 6. u. 7. Aufl. 99.
[340]) cf. Beling, L. v. V. 305.

standen, die Grundlage für je eine besondere Konkurrenzform bildeten, kann gleiches nicht von dem Rangverhältnis der Alternativität behauptet werden.

Eine Verwirklichung von alternativen Strafgesetzen durch eine Handlung ist begrifflich unmöglich; das folgt aus der Eigenart dieses Rangverhältnisses: es kann nur entweder der eine oder der andere Tatbestand verwirklicht sein, nicht aber kann eine Handlung den einen und zugleich den anderen Tatbestand verwirklichen.[341])

Daß trotz des Exklusivitätsverhältnisses Subsumtionszweifel bestehen können, soll nicht bestritten werden, aber diese Subsumtionszweifel sind anderer Art als diejenigen, die bei der Spezialität, Konsumtion und bei der Subsidiarität in Erscheinung traten.

Während bei diesen der Zweifel in der Frage bestand: muß die Schuldigsprechung auf Grund einer oder mehrerer vorgenommen werden?, beschränkt sich bei jenen der Subsumtionszweifel darauf, ob die Tatbestandsmerkmale des einen oder des anderen Gesetzes vorliegen, ein Zweifel, der auch in den Fällen der Spezialität, Konsumtion und Subsidiarität entstehen kann.

Eine Verwirklichung von Gesetzesbestimmungen, die im Alternativitätsverhältnis zueinander stehen, ist nur bei Handlungsmehrheit denkbar.

Sind aber durch mehrere Handlungen mehrere im Alternativitätsverhältnis zueinander stehende Gesetze verwirklicht, so ist damit nicht etwa eine neue besonders geartete Konkurrenzform zur Entstehung gelangt, für die ein besonderer Bewertungsgrundsatz ermittelt werden müßte, sondern es liegt dann die Konkurrenzform der Realkonkurrenz vor. Mehrheit der Handlungen ist deutlich. Mehrheit verletzter Gesetze kann aber auch nicht zweifelhaft sein; denn durch die Realisierung eines jeden Gesetzes entsteht ein besonderer Unrechts- und Schuldwert, der berücksichtigt werden muß, da die Gesetzesbestimmungen tatbestandlich selbständig gegenüberstehen und auch kein logischer Zusammenhang vorhanden ist, wie etwa bei der Subsidiarität, der zur Außerachtlassung des einen Gesetzes berechtigt.[342]) Wäre nun jedesmal das Vorliegen von Realkonkurrenz an ein Alternativitätsverhältnis der Gesetze geknüpft, so wäre es allerdings berechtigt, zu sagen, die Alternativität bilde die Grundlage für eine bestimmte Konkurrenzform. Das ist aber nicht der Fall; denn wie wir bei der Erörterung der Realkonkurrenz bereits feststellten, kann sie auch dadurch zur Entstehung gelangen, daß der Täter mehrmals den gleichen Tatbestand verwirklicht, sodaß in diesem Fall gerade das Gegenteil eines Exklusivitätsverhältnisses zwischen den verwirklichten Tatbeständen vorliegt: beide Tatbestände decken sich!

Aber auch die ungleichartige Realkonkurrenz setzt nicht notwendig voraus, daß die verwirklichten Tatbestände im Rangverhältnis der Alternativität zueinander stehen.

---

[341]) Uebereinstimmend Doerr, Deutsches Strafr. I, 127.

[342]) Es ist also nicht zutreffend, wenn M. E. Mayer sagt: in den Fällen der Alternativität sei „von Konkurrenz nicht eine Spur zu finden". cf. Mayer a. a. O. S. 502.

Der Urkundenfälscher kann dadurch, daß er von einer fälschlich angefertigten oder verfälschten Urkunde durch Täuschung Gebrauch macht, zugleich den Tatbestand des Betruges verwirklichen. (Beide Gesetze stehen also nicht im Alternativitätsverhältnis zueinander). Es läge Idealkonkurrenz vor. Möglich ist aber auch, daß er zunächst den Tatbestand der Urkundenfälschung verwirklicht und erst später durch eine neue, weitere Handlung den des Betruges. Es liegt Realkonkurrenz vor; dennoch besteht zwischen den verwirklichten Gesetzesbestimmungen kein Alternativitätsverhältnis!

Führt aber die Realisierung von Tatbeständen, die im Rangverhältnis der Alternativität stehen, zu keiner von den bisher erörterten Konkurrenzreformen abweichenden neuen, andersgearteten Form des Zusammentreffens mehrerer Gesetzesbestimmungen, so besteht auch keine Berechtigung, den bisher ermittelten Konkurrenzformen die Alternativität als weitere zu koordinieren. Da das Rangverhältnis der Alternativität nicht die Grundlage einer besonderen Form der Konkurrenz darstellt, kann dem Rangverhältnis der Alternativität kaum irgendwelche Bedeutung zugesprochen werden.

b) Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung erachtet Honig die Alternativität als notwendige Auslegungsregel für die Konkurrenz mehrerer Gesetzesbestimmungen und koordiniert sie damit der Spezialität, Konsumtion und der Subsidiarität.[343])

Er definiert: „Alternativität liegt vor, wenn verschiedene Rechtssätze sich im Hinblick auf den Schutz eines und desselben Rechtsgutes wie verschiedene Mittel zur Erreichung eines und desselben Zweckes verhalten. Der Verschiedenartigkeit der Mittel entspricht die Unvereinbarkeit der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale“[344]). Aus dieser „Auslegungsregel“ läßt sich aber dann, wenn es zu einer Konkurrenz kommt, d. h. dann, wenn durch das Verhalten des Täters mehrere gesetzliche Tatbestände verwirklicht sind, die im Rangverhältnis der Alternativität zueinander stehen, gerade nichts darüber entnehmen, welches der realisierten Gesetze zur Schuldigsprechung herangezogen werden muß.

Die Auslegungsregel beschränkt sich vielmehr auf die Fälle, wo Subsumtionszweifel bestehen, d. h. Zweifel darüber, ob der eine oder der andere Tatbestand verwirklicht worden ist.

Ob die Auslegungsregel als solche berechtigt ist, mag hier unerörtert bleiben. Als Auslegungsregel für die Konkurrenz von Gesetzesbestimmungen kann sie nicht angesprochen werden und kann daher den übrigen „Auslegungsregeln“, also denen der Spezialität, der Konsumtion und der Subsidiarität nicht gleichgestellt, koordiniert werden; denn diese beziehen sich sämtlich auf die Frage: Welches der mehreren verwirklichten Gesetze ist zur Schuldigsprechung heranzuziehen?, und lassen dagegen die Vorfrage: sind mehrere gesetzliche Tatbestände erfüllt?, unerörtert.

---

343) a. a. O. S. 112, 113.
344) cf. Honig a. a. O. S. 113.

Teil II.

Die Gliederung der Konkurrenzformen unter anderen Gesichtspunkten.

Kapitel I:

Handlungseinheit und Handlungsmehrheit als Grundlage der Gliederung.

Während wir versuchten, die Konkurrenzformen unter dem Gesichtspunkt der Mehrheit der Gesetzesverletzungen und der Mehrheit der Tatbestandsverwirklichungen zu gliedern, betrachtet die überwiegende Meinung das Vorliegen von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit als die Grundlage für die systematische Gliederung der Konkurrenzformen.

Unter den Vertretern dieser Ansicht sind zwei Richtungen sorgfältig voneinander zu trennen, die sich dadurch unterscheiden, daß jede von einem anderen Begriff der Konkurrenz ausgeht.

Der Begriff der Konkurrenz, den die eine Richtung zugrunde legt, erweist sich gegenüber dem Konkurrenzbegriff der anderen als der speziellere, engere, und das wirkt sich darin aus, daß die eine Richtung eine Reihe von Formen des Zusammentreffens aus der Lehre von der Konkurrenz ausscheidet und sie in die Lehre von der Auslegung der Strafgesetze verweist.[345]) Das sind die Konkurrenzformen der Spezialität, Konsumtion und Subsidiarität, Konkurrenzformen, die, wie wir sahen, ihre Grundlage in einem bestimmten Rangverhältnis zwischen den Gesetzesbestimmungen haben.

§ 1: Die Gliederung der Konkurrenzformen unter Nichtberücksichtigung derjenigen, die auf einem Rangverhältnis beruhen.
(Berner u. a., Graf zu Dohna).

Spricht man denjenigen Fällen des Zusammentreffens mehrerer Gesetzesbestimmungen, deren rechtliche Wertung ergibt, daß nur eines der konkurrierenden Gesetze zur vollen rechtlichen Würdigung des Faktums herangezogen werden darf, demgegenüber die anderen zurücktreten müssen, die Natur einer Konkurrenzform ab,[346]) so scheiden von den im ersten Teil erörterten Konkurrenzformen die Spezialität, Konsumtion und Subsidi-

---

[345]) So cf. Berner 16. Aufl. S. 267, 289. Heinemann a. a. O. 104. Oppenhoff a. a. O. 73 N. 6.

[346]) so Heinemann a. a. O. 104/5. Berner, Lehrb. 16. Aufl. 267, 289. cf. auch Finger, Lehrb. d. D. Strafr. 1904, 376 ff. Kohler, Leitfaden d. D. StrR. 1912, 83. Janka a. a. O. 154. Hafter. Lehrb. d. schweiz. Strafr. 1926, 365. Ad. Merkel, Die Lehre v. Verbr. usw. 336 ff.

arität aus; es bleiben daher nur die Idealkonkurrenz, Realkonkurrenz, gl. Idealkonkurrenz, das fortgesetzte Verbrechen und das Kollektivdelikt übrig.

Noch weiter als die vorgenannten Schriftsteller geht Graf zu Dohna, der aus der Konkurrenzlehre alle Fälle ausscheidet, in denen aus allgemeinen Prinzipien folgt, welches Gesetz Anwendung finden müsse. Nach Dohna wären von den Fällen des Zusammentreffens mehrerer Gesetzesbestimmungen nur die Realkonkurrenz und die Idealkonkurrenz als Konkurrenzformen zu bezeichnen.

Das unterscheidende Kriterium dieser Konkurrenzformen bildet allerdings Handlungseinheit und Handlungsmehrheit, und diese sind daher die gegebene Grundlage für die Gliederung dieser Konkurrenzformen.

Die Voraussetzung, von der die Vertreter der hier erörterten Richtung ausgehen, scheint mir nicht haltbar. Der enge Konkurrenzbegriff ist offensichtlich unberechtigt.

Wir haben bereits in der Einleitung dargelegt, daß das Gesetz in den §§ 73 ff. Bewertungsgrundsätze aufstellt, die lediglich für die Konkurrenz bei der Strafzumessung Bedeutung haben. Nur für diese gelten daher die Voraussetzungen der §§ 73 ff., nur für sie ist wesentlich, daß mehrere Gesetze verletzt sind oder anders ausgedrückt, daß mehrere Gesetze vorhanden sind, von denen keines „aus allgemeinen Prinzipien“ ausscheidet.

Die §§ 73 ff. geben bindende Bewertungsgrundsätze für die Bewertung der Konkurrenz bei der Strafzumessung, sie legen die Voraussetzungen = Begriffsmerkmale dieser Konkurrenz fest; sie geben aber keine Anweisungen für die Bewertung der Konkurrenz bei der Schuldigsprechung und stellen ebensowenig Begriffsmerkmale für diese Konkurrenz auf; ebenso E. 1925, § 65.

Das Ergebnis der Bewertung der Konkurrenz bei der Strafzumessung ist die Feststellung des Strafmaßes; sie setzt eine Mehrheit verletzter Gesetze (sc. nicht nur erfüllter!) voraus. Die Feststellung einer Mehrheit verletzter Gesetze ist aber wiederum das Bewertungsergebnis der Konkurrenz bei der Schuldigsprechung. Wenn das Gesetz somit die Verletzung mehrerer Gesetze zum Begriffsmerkmal der Konkurrenz bei der Strafzumessung erhebt, so stellt es diese Konkurrenz stillschweigend in Gegensatz zu der Konkurrenz bei der Schuldigsprechung. Wie aber bei der Konkurrenz bei der Strafzumessung durchaus möglich ist, daß von den konkurrierenden Strafdrohungen nur eine angewendet werden darf (cf. § 73), so kann entsprechend die Bewertung der Konkurrenz bei der Schuldigsprechung die Anwendung nur des einen der mehreren, durch das Verhalten des Täters verwirklichten Tatbestände ergeben.

Genau so wenig, wie es berechtigt ist, in solchem Falle zu sagen, es liege keine Konkurrenz bei der Strafzumessung vor, ist es angängig, zu sagen, es liege keine Konkurrenz bei der Schuldigsprechung vor.[347])

Wenn daher die Vertreter der hier besprochenen Ansicht den Fällen der Spezialität, Konsumtion, Subsidiarität (des Kollektivdelikts und des fortgesetzten Verbrechens) deswegen die Natur einer Konkurrenform ab-

---

[347]) cf. Olshausen a. a. O. § 73 N. 12.

sprechen, weil „nur Eine in Wahrheit in Betracht kommende Strafdrohung übrig“ bleibt,[348]) so gehen sie von dem Begriff der Konkurrenz bei der Strafzumessung aus, indem sie verkennen, daß von dieser Konkurrenz die Konkurrenz bei der Schuldigsprechung sorgfältig zu trennen ist und daß das Gesetz selbst die Beachtung dieser Art der Konkurrenz durch die Formulierung der §§ 73/4 (stillschweigend) gebietet.

Zusammenfassend läßt sich sagen:

Scheidet man aus der Konkurrenzlehre alle diejenigen Konkurrenzformen aus, die auf einem zwischen den konkurrierenden Gesetzen bestehenden Rangverhältnis beruhen, oder noch weitergehend, alle diejenigen, bei denen aus allgemeinen Prinzipien folgt, welches Gesetz Anwendung finden müsse (Dohna), so erweist sich die Gliederung der noch übrigbleibenden Konkurenzformen unter dem Gesichtspunkt von Handlungsmehrheit und Handlungseinheit zwar als logisch durchaus zulässig. Allein diesem System der Konkurrenzformen muß der Vorwurf der Unvollständigkeit gemacht werden, da, wie wir eben dargelegt haben, die Fälle des Zusammentreffens von Gesetzesbestimmungen, die die hier bekämpfte Auffassung in das Gebiet der Auslegung der Strafgesetze verweist, Konkurrenzformen darstellen.

Dieser Fehler der Unvollständigkeit wird von denjenigen vermieden, die — wie wir — stets dann von einer Konkurrenz sprechen, wenn durch das Verhalten des Täters (eine oder mehrere Handlungen), das dem Richter zur rechtlichen Wertung unterbreitet ist, mehrere Gesetzesbestimmungen verwirklicht sind, und die infolgedessen auch die Spezialität, Konsumtion, Subsidiarität, das Kollektivdelikt und das fortgesetzte Verbrechen als Konkurrenzformen bezeichnen.

§ 2. Die Gliederung der Konkurrenzformen unter Berücksichtigung derjenigen, die auf einem Rangverhältnis beruhen.

Als Gegenstand der Konkurrenzlehre betrachten die Vertreter dieser Richtung, wie eben dargelegt, im allgemeinen sämtliche der von uns ermittelten Konkurrenzformen.[349])

Die Art der systematischen Hauptgliederung der Konkurrenzformen nach Handlungseinheit und Handlungsmehrheit ist das Moment, das die hier zu betrachtende Richtung verbindet. In der Untergliederung zeigen sich aber bei den einzelnen Schriftstellern starke Verschiedenheiten, die eine Einzelbetrachtung geboten erscheinen lassen.

I. M. E. Mayer.[350])

Er gliedert:

A. Die Gesetzeskonkurrenz

---

[348]) So ausdrückl. Heinemann a. a. O. 104. Aber auch Dohna l. c.: § 73 sei hier überflüssig.

[349]) Abweichungen bezüglich einzelner Konkurrenzformen, z. B. gleichartige Idealkonkurrenz, sind allerdings vorhanden, aber, und darauf kommt es an, es wird übereinstimmend denjenigen Konkurrenzformen, die auf einem zwischen den Gesetzesbestimmungen bestehenden Rangverhältnis beruhen, die Natur einer Konkurrenzform prinzipiell nicht abgesprochen.

[350]) a. a. O. S. 500 ff.

I. Ihr Wesen und ihre Arten
1) Die unechte Gesetzeskonkurrenz
a) Spezialitätsverhältnisse
b) Konsumtionsverhältnisse
2) Die echte Gesetzeskonkurrenz (Idealkonkurrenz)
II. Die Auflösung der echten Gesetzeskonkurrenz.
B. Die Realkonkurrenz
I. Ihr Wesen und ihre Arten
1) Die unechte Realkonkurrenz
a) Zusammenfassung von Handlungen (fortgesetztes Verbrechen, Kollektivdelikt)
b) Subsidiaritätsverhältnisse
2) Die echte Realkonkurrenz
II. Die Auflösung der echten Realkonkurrenz.

Auf die rein terminologischen Fragen einzugehen, ist hier nicht der Ort. Man mag darüber streiten, ob es zweckmäßig ist, die Konkurrenzformen, für die Handlungseinheit begriffswesentlich ist, unter dem Ober-Begriff der Gesetzeskonkurrenz zusammenzufassen oder ob man dafür zweckmäßiger den Ausdruck Idealkonkurrenz verwendet. Worauf es uns ankommt, ist, festzustellen, ob das System der Konkurrenzformen, wie es M. E. Mayer aufstellt, berechtigt ist, d. h. ob die Konkurrenzformen, die M. E. Mayer den Begriffen der Gesetzeskonkurrenz (= Handlungseinheit) und der Realkonkurrenz (= Handlungsmehrheit) unterordnet, und damit als Erscheinungsformen der Gesetzeskonkurrenz und der Realkonkurrenz wertet, tatsächlich als solche gewertet werden können.

Aus der Gliederung M. E. Mayers geht hervor, daß die Spezialität, Konsumtion, sowie (echte) Idealkonkurrenz als Unterfälle der Gesetzeskonkurrenz (in dem von ihm bezeichneten Sinne) betrachtet, und daß nach seiner Ansicht das fortgesetzte Verbrechen wie das Kollektivdelikt (Zusammenfassung von Handlungen) und die Subsidiarität die alleinigen Unterfälle der Realkonkurrenz bilden. Sollen die genannten Konkurrenzformen aber Unterfälle eines Oberbegriffs (Gesetzeskonkurrenz; Realkonkurrenz) sein, so müssen sie das für den betreffenden Oberbegriff wesentliche Merkmale aufweisen, d. h. für die Unterfälle der Gesetzeskonkurrenz müßte die Handlungseinheit, für die Unterfälle der Realkonkurrenz müßte Handlungsmehrheit wesentliches Begriffsmerkmal sein. Das trifft allerdings für die von Mayer sog. echte Gesetzeskonkurrenz zu (Idealkonkurrenz), denn für sie ist, wie wir oben dargelegt haben, Handlungseinheit wesentlich. Das Gleiche gilt für einen Unterfall der unechten Gesetzeskonkurrenz, die Spezialität.[351]) Anders aber verhält es sich mit der Konkurrenzform der Konsumtion, denn sie ist, wie wir festgestellt haben, sowohl bei Handlungseinheit als auch bei Handlungsmehrheit möglich,[352]) für sie ist daher weder das Vorliegen von Handlungseinheit noch das Vorliegen von Handlungsmehrheit wesentlich; sie kann folglich nicht als Unterfall der Gesetzeskonkurrenz be-

[351]) cf. oben Teil I, Kap. II, § 1; Teil I, Kap. III, § 2, I.
[352]) cf. oben Teil I, Kap. III, § 2, II.

zeichnet werden, aber ebenfalls nicht als Unterfall der Realkonkurrenz.[353]) Die Gliederung, wie sie M. E. Mayer vornimmt, müßte, um alle Konkurrenzformen zu umfassen, aus der logischen Zweigliederung zur Dreigliederung werden, es müßte außer der Gesetzeskonkurrenz und der Realkonkurrenz (Handlungseinheit; Handlungsmehrheit) noch eine dritte Gruppe gebildet werden (Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit), wodurch aber zu erkennen gegeben würde, daß die Gliederung nicht der Natur der Konkurrenzformen entspricht; denn durch diese Gruppe würde es deutlich werden, daß der logische Gegensatz Handlungseinheit: Handlungsmehrheit als Grundlage für den systematischen Aufbau der Konkurrenzformen ungeeignet ist, da die dorthin gehörigen Fälle sowohl bei Handlungseinheit als auch bei Handlungsmehrheit in Erscheinung treten können.

Zusammenfassend können wir sagen:

Die Gliederung, wie sie M. E. Mayer vornimmt, ist zwar von seinem Standpunkt aus logisch einwandfrei und erschöpfend, denn er erachtet die Handlungseinheit als begriffswesentliches Merkmal der Konsumtion. Wie wir aber dargelegt haben, ist für den Begriff der Konsumtion das Vorliegen von Handlungseinheit unwesentlich. Der Konsumtionsbegriff M. E. Mayers erweist sich daher als zu eng. Geht man nun von dem unseren Erörterungen zugrunde liegenden Konsumtionsbegriff aus, dann erwiese sich die Gliederung der Konkurrenzfälle unter dem Gesichtspunkt von Handlungseinheit und -mehrheit, wie sie M. E. Mayer vornimmt, als logisch anfechtbar.

II. Gerland.[354])

Er gliedert:

Lehre von der Verbrechenskonkurrenz

a) Die Realkonkurrenz
   1) Verbrechensmehrheit oder Realkonkurrenz
   2) Fälle der unechten oder nur scheinbaren Realkonkurrenz
      a) Das fortgesetzte Verbrechen
         Mehrfache Beteiligung eines Teilnehmers an ein und demselben Verbrechen
      b) Subsidiaritätsverhältnis
      c) Konsumtion.
b) Die Idealkonkurrenz
   1) Die Idealkonkurrenz
   2) Die scheinbare oder unechte Idealkonkurrenz
      a) Spezialität
      b) Subsidiarität
      c) Konsumtion.

Die Gliederung Gerlands erfolgt offenbar auch unter dem Gesichtspunkt von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit; denn die Behandlung der scheinbaren Realkonkurrenz im Anschluß an die Realkonkurrenz und der

---

[353]) Uebereinstimmend Honig a. a. O. S. 12.
[354]) Deutsches Reichsstrafrecht S. 160/161.

scheinbaren Idealkonkurrenz im Anschluß an die Idealkonkurrenz weist darauf hin. Ist demnach für den Begriff der scheinbaren Idealkonkurrenz Handlungsmehrheit wesentlich, so müßte das auch für die Unterfälle derselben gelten, insbesondere auch für die Konsumtion.

Das ist aber, wie Gerland selbst zugibt, nicht der Fall; denn er betrachtet die Konsumtion auch als Unterfall der scheinbaren Idealkonkurrenz, für die Handlungseinheit wesentlich ist. Konsumtion ist also nach eigener Auffassung Gerlands bei Handlungseinheit und Handlungsmehrheit möglich.

Wenn er sie dennoch als Erscheinungsform der scheinbaren Ideal- und Realkonkurrenz betrachtet, so ist das logisch anfechtbar. Das Gleiche gilt aber auch für die Subsidiarität, falls wir Gerland zustimmen und für die Subsidiarität das Vorliegen von Handlungsmehrheit nicht für wesentlich halten.

Will er den Begriff der *scheinbaren* Konkurrenz überhaupt verwenden, so müßte er umgekehrt sagen, die scheinbare Idealkonkurrenz und die scheinbare Realkonkurenz sind Unterfälle der Konsumtion (ev. der Subsidiarität).[355])

Wir kommen daher zu einem ähnlichen Ergebnis wie bei der Betrachtung der Systematik M. E. Mayers:

Will man die Fälle des Zusammentreffens mehrerer Gesetzesbestimmungen unter dem Gesichtspunkt von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit gliedern, so ist das nur dadurch möglich, daß man die Konsumtion *neben* die scheinbare Ideal- und Realkonkurrenz stellt und zwar als Fall der Konkurrenz bei Handlungsmehrheit *oder* Handlungseinheit. Die *Unter*ordnung der Konsumtion unter eine der Gruppen erweist sich als logisch fehlerhaft. Die Nebenordnung zeigt, daß der logische Gegensatz von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit als Grundlage für einen systematisch einwandfreien Aufbau ungeeignet ist.

III. Frank, Beling u. a.

Betrachten wir die Systematik der anderen hierher gehörenden Schriftsteller, z. B. Frank und Beling, so gelangen wir zu einem entsprechenden Ergebnis, sei es, daß sie die Konsumtion, sei es, daß sie die Subsidiarität sowohl der scheinbaren Idealkonkurrenz als auch der scheinbaren Realkonkurrenz unterordnen.

So kann der Gliederung Franks nicht zugestimmt werden, der die Subsidiarität sowohl als Fall der scheinbaren Idealkonkurrenz wie als Fall der scheinbaren Realkonkurrenz bezeichnet.[356]) Ebenso ist die Systematik Belings abzulehnen, der Konsumtion sowohl der Gesetzeskonkurrenz als auch der Realkonkurrenz unterordnet.[357])

Ergebnis zu §§ 1 und 2:

Eine *logische und zugleich erschöpfende* Gliederung derjenigen Konkurrenzformen, die wir durch die Untersuchungen in Teil I

---

[355]) cf. Honig a. a. O. S. 12.
[356]) cf. Frank a. a. O. § 73 VII, § 74 V.
[357]) cf. Beling, Grdz. 99, 104.

ermittelt haben, ist unter dem Gesichtspunkt von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit nicht möglich. Der logische Gegensatz von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit kann daher als Grundlage für den Aufbau der Konkurrenzformen nicht in Betracht kommen. Daß dennoch meist versucht wird, die Konkurrenzfälle in dieses Schema einzugliedern, dürfte seine Ursache darin haben, daß zwischen Konkurrenz bei der Schuldigsprechung und Konkurrenz bei der Strafzumessung nicht exakt geschieden wird; denn für die Fälle der Konkurrenz bei der Strafzumessung ist kraft ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes das Vorliegen von Handlungsmehrheit das entscheidende Kriterium, aber nur für diese!! (Ein anderer Differenzierungspunkt ist ja auch nicht gegeben.[358])

Für die Fälle der Konkurrenz bei der Schuldigsprechung dagegen stellt das Gesetz, wie wir bereits mehrfach betonten, keine Voraussetzungen auf und zwingt infolgedessen keinesfalls dazu, eine Gliederung danach vorzunehmen, ob das Verhalten des Täters als Handlungseinheit oder als Handlungsmehrheit zu werten ist. Das wäre auch sinnlos, denn die Konkurrenzformen, die bei der Schuldigsprechung in Erscheinung treten, lassen sich, wie wir wohl eingehend genug dargelegt haben, nicht unter diesem Gesichtspunkt gliedern.

Kapitel II.
Verbrechenseinheit und Verbrechensmehrheit als Grundlage der Gliederung.

Im Gegensatz zu den im Kapitel I betrachteten Schriftstellern gehen eine Reihe von Autoren in der richtigen Erkenntnis, daß Handlungseinheit und Handlungsmehrheit als Grundlage für den systematischen Aufbau der Konkurrenzlehre ungeeignet ist, von einer normativen Betrachtung aus; sie werten das Verhalten des Täters juristisch und gelangen somit zu dem Ergebnis, daß es sich als Verbrechenseinheit oder als Verbrechensmehrheit darstellt.

Infolgedessen gliedern sie die Konkurrenzformen danach, ob sie sich als Verbrechenseinheit oder als Verbrechensmehrheit darstellen.

I. Allfeld[359]).

Allfeld behandelt die Konkurrenzlehre im Zusammenhang mit der Lehre von der Verbrechenseinheit und -Mehrheit, und zwar in der Weise,

---

[358]) De lege ferenda ist auch nicht einmal für diese Fälle mehr eine Gliederung auf Grund von Handlungseinheit und Mehrheit erforderlich; denn § 65 des Entwurfes, der entsprechend den §§ 73/4 des StGB. ebenfalls nur die Konkurrenz bei der Strafzumessung behandelt, vermeidet die Ausdrücke Handlungseinheit und Handlungsmehrheit, setzt an ihre Stelle die Ausdrücke „dieselbe Tat; mehrere selbständige Taten“ und — was wichtiger ist — knüpft an diese Voraussetzungen im Gegensatz zu dem geltenden Recht die gleichen Rechtsfolgen, sodaß eine etwaige Unterscheidung auf Grund von Tateinheit und Tatmehrheit, die der Unterscheidung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit entsprechen würde, der inneren Berechtigung entbehrte.

[359]) a. a. O. S. 229 ff.

daß er von den Konkurrenzformen das fortgesetzte Verbrechen, das Kollektivdelikt, die Gesetzeskonkurrenz mit ihren Unterfällen Spezialität, Subsidiarität, Alternativität und Konsumtion als Erscheinungsformen der Verbrechenseinheit betrachtet, während er Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz als Fälle der Verbrechensmehrheit gegenüberstellt.

Darin liegt offenbar eine bewußte Abkehr von der Auffassung der im Kapitel I behandelten Schriftsteller.

Die Hauptgliederung Allfelds weist mit der in der vorliegenden Arbeit erfolgten starke Aehnlichkeit auf; denn überall, wo wir von Konkurrenz bei mehrfacher Gesetzesverletzung sprechen, liegt Mehrheit der Verbrechen vor, überall, wo wir von Konkurrenz bei mehrfacher bloßer Tatbestandsverwirklichung sprachen, liegt Verbrechenseinheit vor.

Dennoch ist mit Absicht nicht dieser Gesichtspunkt in der vorliegenden Arbeit gewählt worden. Allfeld will die Fälle der Verbrechenseinheit und Verbrechensmehrheit zusammenstellen, uns aber lag es daran, die Konkurrenzfälle systematisch zu ordnen, also durchaus nicht alle Fälle der Verbrechenseinheit und -Mehrheit!

Für die Zusammenstellung der Konkurrenzformen ist der von Allfeld gewählte Gesichtspunkt weniger geeignet als der, unter dem die Gliederung hier vorgenommen worden ist. Wenn wir unter dem Gesichtspunkt der Mehrheit der Tatbestandsverwirklichung und Mehrheit der Gesetzesverletzung die Fälle gliederten, so scheint mir das dem Wesen der Sache entsprechender; denn für das Vorliegen einer Konkurrenzform ist die Mehrheit der Tatbestandsverwirklichungen charakteristisch (sei es eine Mehrheit bloßer Tatbestandsverwirklichungen, sei es eine Mehrheit von Tatbestandsverwirklichungen und zugleich Gesetzesverletzungen); sie unterscheiden sich aber durch die Bedeutung der realisierten Tatbestände für die Ermittlung des Unrechts- und Schuldwertes: entweder müssen sie sämtlich herangezogen werden: Mehrheit der Gesetzesverletzung oder sie scheiden alle bis auf eine aus: Mehrheit bloßer Tatbestandsverwirklichung.

Weitergehend ist der Unterschied zwischen M.-Allfeld und unserer Auffassung aber, wenn wir die Gruppe Verbrechenseinheit betrachten. Hier vermissen wir einerseits eine Zusammenfassung der im Wesen verwandten Konkurrenzformen des fortgesetzten Verbrechens und des Kollektivdelikts; andererseits ist die Zusammenfassung von Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion unter dem Oberbegriff der Gesetzeskonkurrenz von unserem Standpunkt aus verfehlt, da nach unserer Auffassung Subsidiarität nur bei Handlungsmehrheit möglich, Konsumtion dagegen sowohl bei Handlungseinheit als auch bei Handlungsmehrheit möglich ist; endlich ist es nach unserer Auffassung nicht berechtigt, die Alternativität als besondere Form des Zusammentreffens mehrerer Gesetzesbestimmungen, also Konkurrenzform, zu werten.

II. van Calker[360]).

Er baut die Konkurrenzlehre auf der Grundlage von Verbrechensmehrheit und -Einheit auf und bildet insofern einen Gegensatz zu den im Kapitel 1 behandelten Autoren. Eine nähere Betrachtung zeigt jedoch, daß dieser Unterschied nur ein scheinbarer ist; denn dem Verbrechensbegriff, wie ihm van Calker verwendet, liegt der Handlungsbegriff zugrunde: eine Handlung ein Verbrechen. Der Unterschied gegenüber den vorgenannten Schriftstellern besteht darin, daß er bei der Gliederung der Konkurrenzformen sich nicht auf die tatsächliche Betrachtung beschränkt und demgemäß nach Handlungseinheit und -mehrheit gliedert, sondern darin, daß er das Ergebnis der tatsächlichen Betrachtung (Handlungseinheit, Handlungsmehrheit) normativ betrachtet und die Begriffe Handlungseinheit und Handlungsmehrheit durch ihre normative Bedeutung: Verbrechenseinheit Verbrechensmehrheit ersetzt.

Ob es berechtigt ist, den Begriff der Handlungseinheit und -mehrheit für die Ermittlung der Fälle der Verbrecheneinheit und -mehrheit zugrunde zu legen, mag hier unerörtert bleiben. Sicher ist jedenfalls, und das ist für uns allein von Interesse, daß durch das Zurückgehen auf Handlungseinheit und Handlungsmehrheit eine erschöpfende logische Gliederung der Konkurrenzformen unmöglich ist. Das wird besonders deutlich, wenn van Calker als Charakteristikum der Gesetzeskonkurrenz die Handlungseinheit bezeichnet und als Fälle der Gesetzeskonkurrenz neben der Spezialität die Subsidiarität und Konsumtion anführt.

Kapitel III.

Verbrechenseinheit und -mehrheit: Handlungseinheit und -mehrheit als Grundlage der Gliederung.

Während die Vertreter der im Kapitel I und II behandelten Ansichten die Handlungseinheit und Handlungsmehrheit bzw. die Verbrechenseinheit und Verbrechensmehrheit für die systematische Gliederung der Konkurrenzformen als entscheidend betrachteten, verbindet eine dritte Richtung beide Gesichtspunkte und nimmt statt der Zweiteilung eine Dreiteilung der Konkurrenzformen vor; so v. Liszt und Wachenfeld.

I. von Liszt.

Diese Verbindung von Handlungseinheit und -mehrheit mit Verbrechenseinheit und -mehrheit wurde in den älteren Auflagen des Lehrbuches von Liszt[361]) dadurch zum Ausdruck gebracht, daß die Materie: „Handlungseinheit und Verbrechensmehrheit“ überschrieben war. In den neueren Auflagen,[362]) wird zwar die Lehre in dem Kapitel „Einheit und Mehrheit der Verbrechen“ behandelt, jedoch ist die Dreiteilung der Materie beibehalten und ihr das Verhältnis von Handlungseinheit und -mehrheit zur Verbrechenseinheit und -mehrheit zugrundegelegt.

---

[360]) Strafrecht. Grundr. z. Vorl. u. Leitf. z. Stud. 1927, 3. Aufl., S. 85.
[361]) z. B. 3. Aufl. 1888 S. 221.
[362]) z. B. 23., 1924/25, 1927.

Demgemäß unterscheidet von Liszt-Schmidt 26. Auflage folgende Gruppen:

1. Handlungsmehrheit und Verbrecheneinheit; hier behandelt er das fortgesetzte Verbrechen und das Kollektivdelikt.
2. Verbrecheneinheit; hier behandelt er die sog. scheinbare Gesetzeskonkurrenz (= Gesetzeskonkurrenz i. S. d. h. M.) und scheinbare Verbrechenskonkurrenz (= Idealkonkurrenz), also Fälle, für die nach h. M. Handlungseinheit wesentlich ist, sodaß wir diese Gruppe ausführlicher Handlungseinheit und Verbrecheneinheit nennen könnten.
3. Verbrechensmehrheit; hier nennt er Rückfall und Realkonkurrenz also Fälle unzweifelhafter Handlungsmehrheit; daher könnten wir diese Gruppe ausführlicher Handlungsmehrheit und Verbrechensmehrheit nennen.

Daß auf diese Weise eine erschöpfende Zusammenstellung der Konkurrenzformen möglich ist, kann nicht bestritten werden und ebensowenig, daß sie vom Standpunkt v. Liszts logisch ist. Wenn v. Liszt aber als Erscheinungsformen der scheinbaren Gesetzeskonkurrenz (= Gesetzeskonkurrenz) in Uebereinstimmung mit allen vorgenannten Autoren Konsumtion und Subsidiarität nennt, so erachtet er für sie das Vorliegen von Handlungseinheit für wesentlich. Das ist aber nach unserer Darlegung in Teil I nicht der Fall. Beachtet man dieses, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch die Verbindung von normativer und tatsächlicher Betrachtung der Konkurrenzfälle, wie sie v. Liszt vornimmt, für eine erschöpfende und zugleich logische Gliederung der Konkurrenzformen ungeeignet ist; denn die Konsumtion könnte weder der Gruppe 1 untergeordnet werden, da Handlungsmehrheit für sie nicht wesentlich ist, noch der Gruppe 2, da Konsumtion auch bei Handlungseinheit möglich ist, endlich auch nicht der Gruppe 3; denn einerseits ist für den Begriff der Konsumtion Handlungsmehrheit nicht wesentlich, andererseits ergibt ihre normative Betrachtung, daß sie gerade einen Fall der Verbrecheneinheit bildet.

Unter Zugrundelegung des von uns ermittelten Konsumtionsbegriffes und Beibehaltung des Systems, wie es v. Liszt aufstellt, läßt sich eine logisch erschöpfende Zusammenstellung der Konkurrenzformen nicht ermöglichen. Soll die Gliederung logisch sein, dann muß man auf eine erschöpfende Zusammenstellung verzichten, soll sie erschöpfend sein, dann muß man auf eine logisch einwandfreie Gliederung verzichten.

II Wachenfeld.

In gleicher Weise wie v. Liszt ist das System Wachenfelds aufgebaut; auch er stellt diese drei Gruppen von Konkurrenzformen gegenüber,[363]) aber er scheidet die Fälle der Spezialität, der Subsidiarität und der Konsumtion aus der Konkurrenzlehre aus, weil „ein Gesetz selbstverständlich" nur dann mit einem anderen konkurriert, wenn seine An-

---

[363]) cf. Lehrb. 1914, 102 ff. Verbrechenskonkurrenz S. 12/13.

wendung nicht bloß schon durch bloße Interpretation ausgeschlossen ist".[364]) Dieser Auffassung ist schon in den Erörterungen des Kapitel I widersprochen worden. Die Systematik Wachenfelds ist daher logisch einwandfrei, aber sie ermöglicht keine erschöpfende Zusammenstellung der Konkurrenzformen.[365])

Kapitel IV.

Die Verbindung von abstrakter, konkreter: tatsächlicher, normativer Betrachtung als Grundlage für den Aufbau der Konkurrenzlehre. Sauer.

In bewußtem Gegensatz zu den in der Wissenschaft üblichen Darstellungen der Konkurrenzlehre versucht Sauer in seinem Werke: „Grundlagen des Strafrechts" ein System der Konkurrenzlehre aufzustellen, das auf der Verbindung der beiden in der Ueberschrift angedeuteten Gegensatzpaare beruht.

Er sagt, auf dem Gebiete der „Einheit und Mehrheit von Verbrechen" seien zwei Gegensätze auseinanderzuhalten:

1. der Gegensatz von abstrakter und konkreter Betrachtung des Verbrechensbegriffs,
2. der Gegensatz von normativer und tatsächlicher; wertender und wertbezogener Betrachtung.

Demzufolge bringt er die Konkurrenzformen in folgendes System:

1. (abstrakte) Gesetzeskonkurrenz
   - a) Spezialität
   - b) Subsidiarität
2. (konkrete) Mehrheit und Einheit von Verbrechen
   - a) Verbrechensmehrheit
     - α) bei Handlungsmehrheit (Realkonkurrenz)
     - β) bei Handlungseinheit (Idealkonkurrenz)
   - b) Verbrechenseinheit
     - α) bei Handlungsmehrheit und gleichem Tatbestand: fortgesetztes Verbrechen; Abart: Kollektivverbrechen
     - β) bei Handlungseinheit oder -Mehrheit und verschiedenen Tatbeständen: Konsumtion.

---

364) Lehrb. 105; Verbrechenskonkurrenz 52.

365) In seiner „Verbrechenskonkurrenz" findet sich allerdings eine andere Einteilung:
Verbrechens m e h r h e i t bei Handlungseinheit
Verbrechenseinheit bei Handlungsmehrheit
Verbrechensmehrheit bei Handlungsmehrheit.
Diese Einteilung muß aber auf einem Redaktionsversehen beruhen. Sie ist zwar im Inhaltsverzeichnis und im Text bei den einzelnen Abschnittsüberschriften, cf. S. 52 und bei der Ueberleitung zum 1. Abschnitt, S. 13, angegeben, aber die Erörterungen im 1. Abschnitt: „Verbrechens m e h r h e i t bei Handlungseinheit", cf. S. 62, zeigen, wie die Ausführungen auf S. 13 oben, daß Wachenfeld offensichtlich die Fälle der Verbrechens e i n h e i t bei Handlungseinheit behandeln will.

Sauer stellt also den Fällen der Konkurrenz, die sich bei abstrakter Betrachtung, d. h. bei einer vom konkreten Fall losgelösten Betrachtung der Gesetzesbestimmungen zeigen, diejenigen gegenüber, die sich erst dadurch ergeben, daß man die Gesetzesbestimmungen zu dem konkreten Fall in Beziehung setzt, d. h. die bei konkreter Betrachtung auftreten. Als Konkurrenzfälle, die sich bei abstrakter Betrachtung ergeben, nennt er die Spezialität und die Subsidiarität.

Darin liegt die Behauptung, daß die Konkurrenzformen der Subsidiarität und Spezialität sich aus nur abstrakter Betrachtung der Gesetze ergeben, daß die Frage: liegt die Konkurrenzform der Spezialität oder die Konkurrenzform der Subsidiarität vor?, sich ohne Rücksicht auf den konkreten Fall beantworten läßt und beantwortet werden muß, ja, wie Sauer sogar wörtlich sagt, daß „eine Subsumtion unter beide Gesetze . . . sogar fehlerhaft (wäre), denn das eine Gesetz sei schon vorher eliminiert“.

Dem haben wir entgegen zu halten, daß die Realisierung von Gesetzesbestimmungen, die im Rangverhältnis der Spezialität zueinanderstehen, durchaus nicht immer zur Konkurrenzform der Spezialität zu führen braucht, sondern daß ebenfalls die Konkurrenzform der Idealkonkurrenz möglich ist, so wenn jemand durch einen Schuß seinen Vater und zugleich einen Dritten tötet.

Das Beispiel zeigt deutlich, daß zur Ermittlung der Konkurrenzform „Spezialität“ durchaus nicht die abstrakte Betrachtung der Gesetze genügt, daß die Frage: liegt die Konkurrenzform der Spezialität vor, nicht schon damit bejaht ist, daß man die Feststellung getroffen hat, es bestehe zwischen den realisierten Tatbeständen das Rangverhältnis der Spezialität.

Die Frage, ob die Konkurrenzform der Spezialität gegeben ist, läßt sich vielmehr erst dann beantworten, wenn man den S a c h v e r h a l t unter die in Betracht kommenden Gesetzesbestimmungen subsumiert und feststellt, ob er Unrechts- und Schuldwert des Faktums durch Anwendung des einen Gesetzes, der lex specialis, bereits voll erfaßt wird — dann liegt die K o n k u r r e n z f o r m der S p e z i a l i t ä t vor — oder ob beide verwirklichten Tatbestände zur rechtlichen Würdigung des Falles erforderlich sind; dann ist die Konkurrenzform der Idealkonkurrenz gegeben.

Die a b s t r a k t e Betrachtung kann also niemals zur Feststellung des Vorliegens der Konkurrenzform Spezialität führen, sondern lediglich zur Ermittlung des Rangverhältnisses der Spezialität.

Wenn Sauer nun aus dem eben angeführten Beispiel die Folgerung zieht, der Unterschied zwischen Spezialität und Idealkonkurrenz sei lediglich ein solcher in der Betrachtungsweise und diesen Satz auch auf die Subsidiarität und Konsumtion ausdehnt, so beruht das auf einer Verwechslung von Rangverhältnis und Konkurrenzform.

Der Versuch Sauers, die Konkurrenzformen unter dem Gesichtspunkt der abstrakten und konkreten Betrachtung zu gliedern, scheitert daher an der Tatsache, daß die abstrakte Betrachtungsweise als solche nie zur Ermittlung von Konkurrenzformen ausreicht. Eine Ermittlung der Konkurrenzformen erfordert stets eine konkrete Betrachtung, d. h. die Ermittlung der Beziehung von Sachverhalt zu den realisierten Gesetzen,

sowie der Beziehung der realisierten Gesetze zueinander,[366]) oder anders ausgedrückt eine V e r b i n d u n g von konkreter und abstrakter Betrachtung.

Berechtigt ist daher nur die Gruppe: (konkrete) Mehrheit und Einheit von Verbrechen, der auch die Konkurrenzformen der Spezialität und Subsidiarität eingeordnet werden müßten.

Wenn er diese Gruppe unter dem Gesichtspunkt der normativen Betrachtung gliedert, so ist dieses logisch einwandfrei; denn es ist durchaus möglich, die Konkurrenzformen, je nachdem, ob sie sich als Fälle der Verbrechenseinheit oder der Verbrechensmehrheit darstellen, zu gliedern. Wenn er aber als Grundlage für die Untergliederung der Fälle der Verbrechenseinheit und -mehrheit die wertbezogene, tatsächliche Betrachtungsweise wählt, also auf Grund von Handlungseinheit und -mehrheit die Untergliederung durchführt, so stehen dem die gleichen Bedenken entgegen, wie sie gegen die früher besprochenen Systeme geltend gemacht werden mußten.

Wenn er die Gruppe II b gliedert:

Verbrechenseinheit

α) bei Handlungs m e h r h e i t und gleichem Tatbestand,

β) bei Handlungseinheit o d e r -mehrheit und verschiedenen Tatbeständen,

so wäre dagegen nichts einzuwenden, falls er auf die Verwendung der Begriffe Handlungseinheit und -mehrheit verzichten würde; denn diese Gliederung beruhte auf dem logischen Gegensatz: gleicher Tatbestand: verschiedener Tatbestand. In diese Gliederung würden sich auch zwanglos die Konkurrenzformen der Spezialität und Subsidiarität als Fälle der Verbrechenseinheit bei verschiedenen Tatbeständen einordnen lassen. Dadurch, daß er aber die Begriffe Handlungseinheit und -mehrheit verwendet, wird nicht nur dieser prägnante Gegensatz verwischt, sondern überdies wird dadurch die Einordnung von Spezialität und Subsidiarität logisch unmöglich: denn für die Subsidiarität ist das Vorliegen von Handlungsmehrheit wesentlich, ebenso aber auch die Verwirklichung verschiedener Tatbestände. Daher fällt sie weder unter die Gruppe

α) (Handlungsmehrheit und g l e i c h e Tatbestände) noch unter die Gruppe,

β) (Handlungseinheit o d e r -mehrheit).

Es müßte für sie eine neue Gruppe geschaffen werden; ebenso für die Spezialität, für die Handlungs e i n h e i t w e s e n t l i c h ist und die daher ebenfalls unter keine der beiden Gruppen gebracht werden kann.

Eine solche Gliederung wäre zwar erschöpfend, aber nicht logisch einwandfrei, da durch die Gruppe Handlungseinheit o d e r -mehrheit deutlich würde, daß der logische Gegensatz von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit nicht als Grundlage für den Aufbau der Konkurrenzformen geeignet ist, weil für diese zuletzt genannte Gruppe der Gegensatz von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit unwesentlich ist; denn die Konkurrenzform der Konsumtion ist s o w o h l bei Handlungseinheit a l s a u c h bei Handlungsmehrheit möglich.

---

[366]) cf. Binding, Grdr. 142.

Die vorstehenden Erörterungen zeigen, daß auch die Art, wie Sauer das System der Konkurrenzformen aufzubauen sucht, dem Erfordernis einer Gliederung, die sich als logisch einwandfrei und zugleich erschöpfend erweist, nicht entspricht.

— — —

Wie die Untersuchungen im zweiten Teile der vorliegenden Arbeit gezeigt haben, erweisen sich die Versuche, die Konkurrenzformen unter einem anderen Gesichtspunkt als dem von uns gewählten zu gliedern, als bedenklich, sei es, daß die Gliederung unter dem logischen Gegensatz von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit oder Verbrecheneinheit und Verbrechensmehrheit oder der Verbindung beider Gegensätze vorgenommen wird oder daß der Gegensatz von abstrakter, konkreter zu normativer, tatsächlicher Betrachtung als Grundlage für den Aufbau der Konkurrenzlehre gewählt wird.

Stets können wir die Feststellung machen, daß der Aufbau entweder logisch, dann aber nicht erschöpfend ist oder daß er sich zwar als erschöpfend, dann aber nicht als logisch erweist.

Beiden Erfordernissen zugleich sucht die vorliegende Darstellung zu entsprechen.

Sie ist erschöpfend, weil sie sämtliche Konkurrenzformen berücksichtigt; sie ist logisch einwandfrei, weil sich die einzelnen Konkurrenzformen zwanglos in die beiden Gruppen:

Konkurrenzformen bei Mehrheit der Gesetzesverletzung
Konkurrenzformen bei Mehrheit bloßer Tatbestandsverwirklichung

einfügen und die Gruppen selbst auf dem Gegensatz von Tatbestandsverwirklichung und Gesetzesverletzung beruhen, einem Gegensatz, auf den das Gesetz selbst hinweist.

Kapitel V: Nachtrag[367]).

§ 1: Der Aufbau der Konkurrenzlehre bei R. von Hippel[368]).

I. Als einzige Möglichkeit für eine einheitliche Betrachtung sämtlicher Konkurrenzfälle erkennt v. Hippel zutreffend den Erfolg an[369]). Da er unter diesem Gegensatz zur Handlung die „Verwirklichung eines Deliktstatbestandes" versteht[370]) und zwar im Sinne des von mir verwendeten Begriffs der „Gesetzesverletzung"[371]) bestätigt er die Richtigkeit meiner eingehend begründeten Behauptung, daß eine logische und zugleich erschöpfende Gliederung der Konkurrenzformen nur auf der Grundlage des Gegensatzes von Tatbestandsverwirklichung und Gesetzesverletzung möglich ist. Trotz dieser richtigen Erkenntnis lehnt er jedoch diesen Gegensatz als Aufbaugrundlage ab. Die hierfür gegebene Begründung ist indes nicht überzeugend. Zu Unrecht beruft sich v. H. auf die Unvereinbarkeit einer solchen Gliederung mit dem Wesen des Schuldstrafrechts. Ich habe in Kap. II, insbesondere in § 2, II, eingehend dargelegt, daß die Unterscheidung zwischen Ideal- und Realkonkurrenz, die v. H. für wesentlich hält, für die Frage der Schuldigsprechung ohne praktische Bedeutung ist und erst bei der Strafzumessung praktisch in Erscheinung tritt. Andererseits zeigen meine Darlegungen in Kap. II, daß auch das von mir zur Darstellung gebrachte System der Eigenart dieser beiden Konkurrenzformen voll gerecht wird und keineswegs dazu nötigt, den Aufbau der Lehre nach Tatbestandsverwirklichung und Gesetzesverletzung zu verwerfen.

II. Da v. Hippel vom Standpunkt des Schuldstrafrechts den Erfolg und die schuldhafte Tat als gleichwertige Faktoren für den Aufbau der Lehre wertet[372]), bekennt er sich zum Vertreter der normativtatsächlichen Betrachtungsweise. Seine Lehre gehörte in die im Teil II, Kap. III besprochene Gruppe:

„Verbrechenseinheit und -Mehrheit: Handlungseinheit und -Mehrheit als Grundlage der Gliederung".

Sie unterscheidet sich aber von den dort kritisierten Systemen erheblich. Das gilt zunächst für den Umfang der berücksichtigten Konkurrenzformen.

---

367) Seit der Vorlegung meiner Arbeit ist die strafrechtliche Literatur über die Konkurrenzlehre um viele Werke bereichert worden. Von einer Zusammenstellung dieses Schrifttums sehe ich deshalb ab, weil die in Betracht kommenden Werke zum Teil bereits bei Drucklegung der Arbeit berücksichtigt werden konnten. Dagegen halte ich es für notwendig, auf die Ausführungen zur Konkurrenzlehre bei R. von Hippel (Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932) und Mezger (Lehrbuch, München und Leipzig 1933) einzugehen, und zwar deswegen, weil beide Verfasser für die Gestaltung der Lehre neue Wege aufzeigen.

368) l. c. 369) 171, II, 1. 370) 93. 371) 171/2. 372) 171, II.

Während v. Liszt die sämtlichen zur sog. Gesetzeskonkurrenz gerechneten Formen in das System aufnimmt, Wachenfeld dagegen die Gesetzeskonkurrenz völlig aus der Lehre ausscheidet, wählt v. Hippel einen Mittelweg. Er bezieht die Gesetzeskonkurrenz in das System ein, scheidet jedoch einen ihrer wichtigsten Fälle, die Konsumtion, aus. Durch diese Beschränkung des Stoffes ist es ihm zugleich möglich, an die Stelle der von Wachenfeld und v. Liszt vorgenommenen Dreiteilung eine Zwei- bzw. Vierteilung zu setzen. Demgemäß gliedert v. H. die Konkurrenzformen wie folgt[373]. Er bildet 2 Hauptgruppen: die Idealkonkurrenz als Fall der Tateinheit und Erfolgsmehrheit; die Realkonkurrenz als solchen der Tatmehrheit bei Erfolgsmehrheit.

Zur Idealkonkurrenz stellt er die Gesetzeskonkurrenz, zur Realkonkurrenz die Fälle der Einheit des Erfolges und der juristischen Handlungseinheit in Gegensatz. Da eine Gegenüberstellung aber eine gemeinsame Beziehung verlangt, kann v. H. diese zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz nur in der Tateinheit, zwischen Realkonkurrenz und den ihr gegenübergestellten Formen in der Tatmehrheit sehen. Damit wird aber deutlich, daß v. Hippel dem Aufbau nicht die normativ-tatsächliche Betrachtungsweise, sondern in Wahrheit den Gegensatz von Handlungseinheit und -Mehrheit zugrundelegt. Die Gliederung, die v. H. vornimmt, gehört demnach in die in Teil II. Kap. L, § 2 besprochene Gruppe (Mayer, Gerland, Frank, Beling).

III. Durch die Ausschaltung der Konsumtion erreicht v. H. allerdings eine logisch einwandfreie H a u p t gliederung. Die für den Ausschluß dieser Konkurrenzform gegebene Begründung, aus der die Ueberflüssigkeit der Konsumtion folgen soll[374], ist jedoch nicht haltbar.

1) Zunächst macht v. H. geltend, Konsumtion sei ein Wort ohne klaren Inhalt[375]. Das mag sein. Diese Feststellung ist jedoch belanglos; denn ihr kommt nur philologische Bedeutung zu. Für die juristische Betrachtung ist es dagegen durchaus nebensächlich, ob das Wort sprachlich das wiedergibt, was darunter in der Rechtswissenschaft verstanden wird.

2) Auch die weiter gegebene Begründung, man bezeichne mit Konsumtion z. T. andere Fälle als die der Gesetzeskonkurrenz, geht fehl. Als Beispiel für seine Behauptung nennt v. H. die mehrfache Teilnahme an derselben Tat. Wenn er dazu kritisch bemerkt, es lägen hier mehrere Handlungen vor, so ist dem zuzustimmen. Ebenso ist v. H. zuzugeben, daß in diesem Falle keine „Gesetzeskonkurrenz“[376] vorliegt. Endlich stimme ich v. H. auch darin bei, daß in Fällen, wie den angeführten, Einheit des Erfolges bei Handlungsmehrheit vorliegt[377]. Dies alles besagt aber nichts über die Entbehrlichkeit der Konsumtion als Konkurrenzform.

a) Der Hinweis auf die Handlungsmehrheit ist insofern unrichtig, als Konsumtion begrifflich nicht an die Handlungseinheit gebunden ist, also ebenso bei dieser wie bei Handlungsmehrheit möglich ist[378].

---

373) 174. 374) 175. 375) 175. 376) d. i. die mehrfache bloße Tatbestandsverwirklichung durch eine und dieselbe Handlung. 377) 175/176 und meine Ausf. T. I, Kap. III, § 2, II, d, bb, A. 378) cf. meine Darlegungen T. I, Kap. III, § 2.

b) Das Ausscheiden aller Gesetzesbestimmungen bis auf eine will von Hippel mit der Einheit des Erfolges erklären. Wäre dies richtig, so wäre v. H. mit seiner Behauptung für Fälle wie den angenommenen im Recht. Er trennt aber nicht scharf genug zwischen Grund und Folge. Die Einheit des Erfolges vermag keineswegs das Ausscheiden der übrigen Bestimmungen zu erklären. Sie ist vielmehr nur eine logische Folgerung aus der zuvor zu ermittelnden Feststellung, daß nur eine Gesetzesverletzung vorliegt. Der Grund für die Ausscheidung liegt einzig und allein darin, daß die Verwirklichung des einen Tatbestandes den Unrechts- und Schuldwert, der in der Verwirklichung der übrigen liegt, mitumfaßt, ihn also konsumiert. Das Beispiel zeigt also gerade, daß die Konsumtion notwendig ist, um die Einheit des Erfolges festzustellen.

c) Da die Argumente v. Hippels für die Entbehrlichkeit der Konsumtion nicht durchschlagen, muß auch gegen ihn dasselbe Bedenken erhoben werden wie gegen die in T. I, Kap. I, § 2 erörterten Lehrmeinungen: Die Eigenart der Konsumtion gestattet keine logische und zugleich erschöpfende Gliederung der Konkurrenzformen unter Verwendung des Gegensatzes von Handlungseinheit und -Mehrheit.

IV. Abgesehen von diesen die Hauptgliederung treffenden Bedenken erweist sich die Untergliederung ebenfalls nicht als einwandfrei.

1) Das gilt zunächst für die Einordnung der Subsidiarität in die Gesetzeskonkurenz. Wie ich eingehend ausgeführt habe, ist diese Konkurrenzform durch das Vorliegen von Handlungsmehrheit bedingt[379]). Gesetzeskonkurrenz erfordert aber auch nach Ansicht von Hippel die Handlungseinheit.

2) Sodann ist v. H. durch die Ausschließung der Konsumtion genötigt, die straflose Vor- und Nachtat als selbständige Konkurrenzform anzuerkennen. Da diese Fälle teils zur Konsumtion teils zur Subsidiarität zu rechnen sind[380]), ist für ihre s e l b s t ä n d i g e Betrachtung im Rahmen der Konkurrenzlehre kein Raum.

§ 2: Der Aufbau der Konkurrenzlehre bei Mezger[381]).

Die Konkurrenzlehre Mezgers gehört ihrem Aufbau nach in die in T. I, Kap. I behandelte Gruppe. Wie die dort kritisierten Lehrmeinungen verwendet auch M. den logischen Gegensatz von Handlungseinheit und -Mehrheit als Grundlage. Seine Lehre geht aber neue Wege. Das gilt zunächst insoweit, als M. innerhalb der Handlungseinheit die Fälle juristischer und natürlicher Einheit als gleichgeordnete gegenüberstellt[382]). Andererseits unterscheidet sich die Lehre von dem genannten Schrifttum durch die Beschränkung der Gesetzeskonkurrenz auf 2 Formen: die Konsumtion und Spezialität.

I. Mezger wäre berechtigt, der juristischen Handlungseinheit die natürliche gleichzuordnen, wenn der Begriff der natürlichen Handlung ein strafrechtlich zu wertendes Geschehnis in seinem ganzen Umfange erfassen könnte. Das ist jedoch deswegen unmöglich, weil die natürliche

379) T. I, Kap. III, § 2, III.
380) T. I, Kap. III, § 2, II, d, bb.
381) Lehrbuch, S. 456 ff. 382) 457.

Handlung, also der Willensakt, den rechtlich besonders interessierenden Erfolg nicht als Begriffsbestandteil enthält[383]).

1) Zu diesem Ergebnis müßte Mezger ebenfalls gelangen. Denn er sagt[384]): „Die strafrechtliche Handlungslehre fragt allein danach, was .... als Wirkung des Wollens erzeugt worden ist". Wenn M. trotzdem in der Konkurrenzlehre die Fälle der juristischen und der natürlichen Handlungseinheit voneinander trennt, so liegt hierin eine Inkonsequenz. Ihre Ursache legt M. durch den Leitsatz offen, den er der Lehre von der natürlichen Handlungseinheit voranstellt[385]):

„Natürliche Handlungseinheit liegt vor, wenn ein einziger Willensakt der Handlung[386]) zugrundeliegt".

Hiermit gibt M. zwar eine zutreffende Definition für die Abgrenzung der physiologischen Handlungs-Einheit und -Mehrheit. Die Begriffsbestimmung zeigt andererseits aber deutlich ihren geringen Wert für die Konkurrenzlehre. Er erschöpft sich in der Erkenntnis, daß juristische Handlungsmehrheit dann ausgeschlossen ist, wenn der eingetretene Erfolg auf eine einzige Handlung im physiologischen Sinne zurückzuführen ist[387]). Mag in solchen Fällen dem Faktum zwar natürliche Handlungseinheit zugrundeliegen, das Faktum selbst, also der Willensakt und seine Wirkung[388]), wird jedoch trotz natürlicher Handlungseinheit niemals von der natürlichen, sondern stets von dem Begriffe der juristischen Handlungseinheit voll erfaßt.

Der Grund für die Folgewidrigkeit der Mezger'schen Lehre liegt somit in der unberechtigten Außerachtlassung des Erfolges in den Fällen, in welchen, physiologisch betrachtet, eine einzige Handlung vorliegt.

2) Durch die Einbeziehung der Fälle einer natürlichen Handlungseinheit in die Konkurrenzlehre ist Mezger vor die Notwendigkeit gestellt, juristische und natürliche Handlungseinheit voneinander abzugrenzen.

a) Mezger nimmt diese Trennung danach vor, ob dem Faktum eine oder mehrere natürliche Handlungen zugrundeliegen[389]). Diese Abgrenzung ist in Wahrheit nichts anderes als eine vom Standpunkt Mezgers aus notwendige, in Wirklichkeit aber überflüssige Trennung der Fälle einer juristischen Handlungseinheit danach, ob sie auf eine oder mehrere natürliche Handlungen zurückzuführen sind. Denn das Faktum kann, wie nochmals betont sei, stets nur der Begriff der juristischen Handlung voll erfassen.

b) Die Darlegung Mezgers zu dieser Frage zeigen andererseits, daß M. das Hauptgewicht auch gar nicht auf diese theoretisch ziemlich bedeutungslose Abgrenzung legt. Durch die negative Bestimmung der juristischen Handlungsmehrheit[390]) gibt er vielmehr zu erkennen, daß er bemüht ist, mit der kritisierten Abgrenzung zugleich die Trennung von juristischer Handlungsmehrheit und -Einheit aufzuzeigen.

Im Ergebnis kommt Mezger hierbei meiner Ansicht über die Abgrenzung der (juristischen) Handlungsmehrheit und -Einheit aller-

383) cf. T. I, Kap. II, § 1, I, 1. 384) S. 108.
385) S. 457. 386) sc. dem strafrechtlich zu wertenden Geschehnis. 387) 458.
388) die nach M. strafrechtlich allein interessiert. 389) S. 458, 460. 390) S. 467.

dings sehr nahe. Alle Fälle — außer der Idealkonkurrenz —, in denen M. juristische Handlungseinheit annimmt, sind diejenigen, die ich als solche mehrfacher bloßer Tatbestandsverwirklichung[391]) bezeichne. Dennoch bestehen bedeutsame Unterschiede unserer Auffassungen. So vermag ich Mezger schon nicht in dem Augsangspunkte zu folgen. M. meint, die Trennung müsse dem im § 74 St.G.B. offenbarten Willen des Gesetzes zufolge danach vorgenommen werden, ob die mehreren natürlichen Handlungen als selbständige oder unselbständige zu werten seien. Dem gegenüber verweise ich auf meine ausführlichen Darlegungen in T. I, Kap. II, 1 § 2 und begnüge mich an dieser Stelle mit dem Hinweis darauf, daß durch die Gesetzesformulierung der Gegensatz von Handlungsmehrheit zur Handlungseinheit lediglich besondere Betonung erfahren soll.

Abgesehen davon ist es M. auch nicht gelungen, den von ihm gewählten Gesichtspunkt einwandfrei durchzuführen. Das gilt zunächst für die Wertung der Idealkonkurrenz als juristische Handlungseinheit. M. muß zugeben, daß diese Konkurrenzform auch bei einem einheitlichen Akt, also bei natürlicher Handlungseinheit möglich ist[392]). Dennoch bezeichnet er sie ohne Rücksicht hierauf als Fall juristischer Einheit, für deren Vorliegen er im Widerspruch hierzu eine Mehrheit von natürlichen Handlungen verlangt. M. meint, in diesen Fällen würden die Handlungen, die dem für den Schuldspruch ausscheidenden Tatbestande unterfielen, zu einer juristischen Einheit mit der Handlung zusammengeschlossen, die das zur Anwendung kommende Gesetz verletzten. Das ist sicherlich bei der Subsidiarität, die M. zur Konsumtion zählt, unzutreffend; denn ihr Wesen besteht gerade darin, daß der Unrechts- und Schuldwert, der in der lex subsidiaria liegt, und damit das Faktum, welches diese Norm realisiert, unberücksichtigt bleibt. In diesen Fällen findet also gerade das Gegenteil einer Zusammenfassung zu einer rechtlichen Einheit statt.

3) Da M. die Fälle der Gesetzeskonkurrenz ausnahmslos als solche der Handlungseinheit[393]) betrachtet, fügt sich allerdings die Konkurrenzform der Konsumtion zwangslos in das System „Handlungseinheit — Handlungsmehrheit" — ein. Die gegen die übrigen Vertreter dieser Ordnung der Konkurrenzformen erhobene Kritik, daß Konsumtion sowohl bei Handlungseinheit wie -Mehrheit möglich sei und daher in das System nicht eingegliedert werden könne, versagt daher gegenüber Mezger. Die Prämisse seiner Lehre, d. i. die Gleichordnung der juristischen Handlungseinheit mit der natürlichen ist jedoch — ebenso wie die ausnahmslose Wertung aller zur Gesetzeskonkurrenz gehörenden Fälle als Handlungseinheit — unrichtig. Im Ergebnis, wenn auch mit anderer Begründung, ist daher die gegen die Gliederung der Konkurrenzlehre unter dem logischen Gegensatze von Handlungseinheit und -Mehrheit geübte Kritik auch gegenüber M. aufrecht zu erhalten.

---

391) im Gegensatze zur mehrfachen Gesetzesverletzung. 392) S. 461.
393) sei es der natürlichen, sei es der juristischen.

Der genannte Begriffsgegensatz ist für den Aufbau der Lehre ungeeignet. Ich muß daher bei meiner Auffassung verbleiben, daß an seine Stelle die Trennung von Tatbestandsverwirklichung und Gesetzesverletzung zu treten hat.

II. In der Behandlung der Gesetzeskonkurrenz wendet sich M. gegen die gebräuchliche Trennung zwischen den Konkurrenzformen Spezialität, Konsumtion, Subsidiarität und Alternativität. Er führt sie auf 2 Formen, nämlich Spezialität und Konsumtion zurück, und zwar jenachdem, ob der Vorrang auf logischem oder dem zwischen den Gesetzen bestehenden Wertverhältnisse beruhe[394]).

Auch dieser Ansicht muß ich widersprechen.

1) Zu Unrecht lehrt M., die Eigenart der Spezialität bestehe darin, daß sich der Vorrang der lex specialis allein aus logischen Gründen erklären lasse. Die rein abstrakte Betrachtung der vom Täter verwirklichten Rechtsnormen kann zwar ergeben, daß die eine gegenüber den anderen als die spezielle anzusehen ist und somit zur Feststellung des Rangverhältnisses der Spezialität führen. Die allein interessierende Frage, ob zur rechtlichen Würdigung des Geschehnisses die Anwendung der durch abstrakte Betrachtung gefundenen lex specialis ausreicht, ist damit aber keineswegs beantwortet. Denn trotz Verwirklichung solcher Tatbestände kann ein Fall der Idealkonkurrenz gegeben sein[395]). Ein bereits angeführtes Beispiel mag dies zeigen:

   A. tötet durch einen Schuß seinen Vater und einen Dritten. Darüber, daß die §§ 212 und 215[396]) im Spezialverhältnisse stehen, kann kein Zweifel walten. Dennoch liegt hier nicht die Konkurrenzform der Spezialität, sondern Idealkonkurrenz vor, und zwar deshalb, weil der Verschiedenheit der abstrakten Rechtsgüter auch eine solche der konkreten entspricht. Damit dürfte hinreichend dargetan sein, daß die Feststellung des Rangverhältnisses der Spezialität keineswegs zu der Folgerung berechtigt, die Konkurrenzform der Spezialität anzunehmen. Die konkrete Fallgestaltung ist somit für die Spezialität genau so wesentlich wie für jede andere Konkurrenzform. Ihre Heraushebung aus dem von M. angegebenen Grunde entbehrt also der Berechtigung.

2) Zutreffend weist M. andererseits darauf hin, daß sich die Konsumtion „nicht schon aus einem Vergleich der abstrakten Deliktstatbestände, sondern meist erst aus der konkreten Fallgestaltung" ermitteln lasse[397]). Dagegen stimme ich M. insofern nicht bei, als er der Subsidiärität neben der Konsumtion keine Berechtigung zuerkennt. Zwischen beiden Konkurrenzformen besteht ein tiefgreifender Unterschied. Bei der Konsumtion bleibt die lex consumta im Schuldspruch deshalb unberücksichtigt, weil der Unrechts- und Schuldwert der lex consumens den der lex consumta mit umfaßt. Die lex subsidiaria scheidet dagegen deswegen aus, weil ihr Unrechts- und Schuldwert gegenüber der

---

394) S. 471.
395) Annäherung an den Text jetzt in: Jur. Wo. 1937 S. 2394 Anm. zu No. 61.
396) losgelöst von der konkreten Fallgestaltung. 397) S. 472.

lex primaria so gering ist, daß er unberücksichtigt bleiben soll. Beide Konkurrenzformen haben nichts anderes gemeinsam als Konsumtion und Spezialität: Die abstrakt-konkrete Betrachtung führt zur Ausschaltung des einen Gesetzes (lex consumta, lex generalis). Der Grund für das Ausscheiden der einen Norm ist aber in allen Fällen ein anderer. Bei der somit bestehenden Wesensverschiedenheit ist es daher nicht berechtigt, die Subsidiarität als Beispiel der Konsumtion zu bezeichnen. Ist hiernach unerläßlich, die Subsidiarität als besondere Konkurrenzform in das System aufzunehmen, so erweist es sich als notwendig, die sogenannte Gesetzeskonkurrenz teils der Handlungseinheit teils der Handlungsmehrheit einzuordnen.

III. Zusammenfassend ist zu sagen: Die Gleichordnung von natürlicher und juristischer Handlungseinheit ist de lege lata unmöglich. Der Begriff der juristischen Handlungseinheit, wie ihn M. aufstellt, steht einer generellen Einordnung der Idealkonkurrenz in das System entgegen, da diese bei natürlicher Handlungseinheit dieser, bei natürlicher Handlungsmehrheit dagegen der juristischen Handlungseinheit unterzuordnen wäre. Andererseits ist der Begriff der juristischen Handlungseinheit im Sinne von M. nicht ausreichend. Aehnlich wie bei der Idealkonkurrenz hindert der Begriff der juristischen Handlungseinheit, wie ihn Mezger verlangt, eine einheitliche Eingliederung der Gesetzeskonkurrenz. Da Spezialität und Konsumtion auch bei natürlicher Handlungseinheit vorkommen kann, ist ihre generelle Einordnung unter nur einen der Begriffe nicht möglich.

Die Subsidiarität, deren Sonderwertung notwendig ist, wird dagegen von dem Begriffe der juristischen Handlungseinheit i. S. von M. nie umfaßt, obwohl sie stets natürliche Handlungsmehrheit voraussetzt. Damit dürfte eingehend dargelegt sein, daß auch die Lehre Mezgers eine logische und zugleich erschöpfende Gliederung der Konkurrenzformen nicht ermöglicht.

Lebenslauf.

Am 23. Oktober 1904 wurde ich als Sohn des Stadtbaumeisters Gloede in Aschersleben geboren.

Ich besuchte das Askanische Gymnasium in Berlin und bestand dort im Jahre 1923 das Abiturienten-Examen. Hiernach wandte ich mich dem juristischen Studium zu und studierte an den Universitäten Berlin, Freiburg und Marburg. Im Jahre 1928 legte ich die 1. juristische Staatsprüfung ab. Am 4. August 1929 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

Hans Gloede.